DIE VERFASSUNGSMÄSSIGKEIT DES DEMONSTRATIONSSTRAFRECHTS

UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER ANWESENHEITSBESTRAFUNG

Jürgen Ernst-Moll

1971

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546003_0014

DIE VERFASSUNGSMÄSSIGKEIT DES DEMONSTRATIONSSTRAFRECHTS

UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER ANWESENHEITSBESTRAFUNG

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Jürgen Ernst-Moll

1970

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Referent: Wiss. Rat und Prof. Dr.jur. Heinrich SCHOLLER

Korreferent: Prof.Dr.jur. Peter BADURA

Tag der mündlichen Prüfung: 11.2.1971

DISSERTATIONS – und FOTODRUCK FRANK oHG
8000 München 2 · Gabelsbergerstr. 15 · Tel.: 2 80 90 90

Meinen Eltern
mit Dank gewidmet

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Kapitel 1:
Das Grundrecht der Demonstrationsfreiheit 1

I. Grundbegriffe 1

1. Demonstrationsrecht 1

2. Demonstration 1

3. Demonstrationsstrafrecht 2

4. Grundrechtsschutz des Demonstrationsrechts 2

II. Die Bedeutung des Demonstrationsrechts nach dem GG 3

1. Abwehrrecht 4

2. Demokratisches Grundrecht 4

3. Politische Willensbildung 6

4. Auslegungsfragen 7

5. Effektivität anderer demokratischer Grundrechte 8

6. Einwände gegen die Betonung der demokratischen Komponente 10

7. "Stellenwert" des Demonstrationsrechts ... 11

Kapitel 2:
Die Schranke der Friedlichkeit des Art. 8 I 14

I. Ansichten im Schrifttum 14

1. Sachlich immanente Schranke 14

2. Begriff der Unfriedlichkeit 15

3. Unfriedlichkeit - Gewalttätigkeiten 16

4. Unfriedlichkeit der Mehrzahl der Teilnehmer 17

5. Keine Gleichsetzung Unfriedlichkeit - Rechtsverstoß 17

6. Keine Gleichsetzung Unfriedlichkeit - Strafrechtsverstoß 18

Seite

II. Eigene Meinung 19

1. Kollektive Komponente des Versammlungsrechts 19

2. Individuelle Komponente des Versammlungsrechts 20

3. Modifikation des Versammlungsrechts bei Unfriedlichkeit anderer 20

4. Nachwirkung des Grundrechtsschutzes 21

Kapitel 3:
Gesetzesvorbehalt und Schranken der Vorbehaltsgesetzgebung 23

I. Der Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II 23

II. Schranken der Vorbehaltsgesetzgebung 24

1. Lehre des BVerfG 25

2. Meinung des BVerwG 26

3. Schranken aus der Funktion des Gesetzesvorbehalts 27

III. In dubio pro libertate 29

1. Inhalt des Prinzips 29

2. Einwände 29

3. Rechtsprechung des BVerfG 30

4. Das "Wohlwollensgebot" 31

5. Stellung zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 31

Kapitel 4:
Art. 5 I und die Schranke der allgemeinen Gesetze 32

I. Bedeutung der Schranke des Art. 5 II 32

1. Ansichten des Schrifttums 32

2. Lehre des BVerfG: Wechselwirkung, Güterabwägung 34

3. Einwände gegen die Wechselwirkungslehre . 35

Seite

4. Die Wechselwirkungslehre in der Rechtsprechung 36

5. Auswirkung der Wechselwirkungslehre auf die Gesetzgebung 37

6. Übertragbarkeit der Wechselwirkungslehre auf andere Grundrechte? 40

II. Das Problem der Schrankenkonkurrenzen 41

1. Radikale Lösungen 41

a) Vorrang des stärker einschränkbaren Grundrechts 41

b) Vorrang des uneingeschränkteren Grundrechts 42

c) Leugnen der Existenz von Konkurrenzen .. 43

2. Differenzierende Lösungen 44

a) Beurteilung nach systematischen und materiellen Kriterien 44

b) Mitberücksichtigung des verdrängten Grundrechts 45

III. Die Konkurrenz Art. 5 - Art. 8 46

1. Art. 8 grundsätzlicher Maßstab des Demonstrationsrechts 46

2. Ausnahme (§ 125 I 2. HS n.F.) 47

3. Prüfung nach Art. 5 II als Vorprüfung zur Feststellung des konkreten Schrankenvorranges 48

4. Allgemeinheit des Demonstrationsstrafrechts gegenüber Art. 5 II 49

a) §§ 123, 223, 242, 303 etc. 49

b) Anwesenheitsbestrafung 49

c) Qualifizierte Landfriedensbruchbestrafung 51

IV. Ergebnis 52

Seite

Kapitel 5:
Die Schrankenschranke der Wesensgehaltsgarantie ... 54

I. Die Theorien 54

1. Relative Theorie 55

2. Absolute Theorie 57

3. Deklaratorischer Charakter des Art. 19 II 58

II. Die Rechtsprechung des BVerfG 59

1. Zurückhaltung in der Anwendung des Art. 19 II 59

2. Die Entscheidung E 22, 180 61

III. Eigene Meinung 62

1. Zustimmung zum Vorgehen des BVerfG 62

2. Anwesenheitsbestrafung verstößt nicht gegen Art. 19 II, mit Ausnahme der objektiven Strafbarkeitsbedingung 63

Kapitel 6:
Die Schrankenschranke der Verhältnismäßigkeit 65

1. Rechtsprechung des BVerfG 65

2. Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes 65

3. Inhalt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes 66

4. Beweislastfragen 68

5. Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers 70

Kapitel 7:
Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Strafrecht 73

I. Schrifttum und Rechtsprechung des BVerfG 73

1. Unzureichende Beachtung des GG im strafrechtlichen Schrifttum 73

2. Entscheidungen des BVerfG materielles Strafrecht betreffend 74

Seite

3. Besonders: Homosexualitätsurteil 75

II. Die anzuwendenden Kriterien 77

1. Strafe-Verdienen 79

a) Prüfung des verletzten Rechtsgutes und Art der Beeinträchtigung 79

b) Prüfung des Unrechtsgehalts der Tat; Schuldprinzip, speziell bei obj. Strafbarkeitsbedingungen und bei Mindeststrafen 80

c) Prüfung des Bezugs zwischen Tat und Rechtsgut; insbesondere bei Gefährdungs- und Unterlassungsdelikten 86

2. Strafe-Bedürfen 90

a) Geeignetheit der Strafe 90

b) Erforderlichkeit der Strafe 91

c) Verhältnismäßigkeit der Strafe 91

Kapitel 8:
Extensive Interpretation des § 125 I a.F. 94

1. Tatbestandsmerkmal der Menschenmenge 94

2. Tatbestandsmerkmal der Zusammenrottung 96

3. Tatbestandsmerkmal der Teilnahme 96

4. Tatbestandsmerkmal "mit vereinten Kräften". 98

5. Tatbestandsmerkmal der Gewalttätigkeiten .. 98

6. Subjektiver Tatbestand 101

Kapitel 9:
Restriktive Auslegung des § 125 I a.F. 104

I. Verfassungskonforme Auslegung 104

1. Funktion der verfassungskonformen Auslegung 104

a) Systematische Interpretation 104

b) Konservierendes Prinzip 105

Seite

c) Materielle Auslegungskriterien 105

d) Verfassungskonforme Auslegung im Strafrecht 106

e) Grenze der verfassungskonformen Auslegung 106

2. Die verfassungskonforme Auslegung im Demonstrationsstrafrecht 107

II. Restriktive Interpretation einzelner Tatbestandsmerkmale 109

1. Tatbestandsmerkmal Gewalttätigkeiten 109

2. Tatbestandsmerkmal Zusammenrottung 114

3. Tatbestandsmerkmal Teilnahme 115

4. "Billigung" der Gewalttaten 116

III. Zusammenfassung 117

1. Durch Interpretation mögliche Restriktionen 117

2. Durch Interpretation nicht mögliche Restriktionen 117

Kapitel 10:
Die Massenpsychologie 119

I. Darstellung der Massenpsychologie 119

1. Die h.L. im strafrechtlichen Schrifttum .. 119

2. Die klassische Massenpsychologie 121

II. Kritik der Massenpsychologie 122

1. Kritik der Massenpsychologie 122

2. Ideologische Basis der Massenpsychologie 123

3. Einzelfragen 124

Seite

Kapitel 11:
Verfassungswidrigkeit der Anwesenheitsbestrafung .. 126

I. Gefährlichkeit der Anwesenheit 126

1. Gründe der Anwesenheitsbestrafung 126

2. Beurteilung der Gründe 127

a) Ansteckungsgefahr 127

b) Schutzfunktion der Anwesenden 128

II. Der Unrechtsgehalt der Anwesenheit 129

1. Gefährdungsdelikte 129

2. Beweisschwierigkeiten 131

III. Strafbedürfnis 133

1. Geeignetheit der Strafe 133

2. Erforderlichkeit der Strafe 135

a) Abschreckungseffekt 136

b) Befugnisse der Polizei 137

3. Verhältnismäßigkeit der Strafe 137

IV. Ergebnis: Verfassungswidrigkeit der Anwesenheitsbestrafung; Ausnahme 141

Kapitel 12:
Gang der Reform des Demonstrationsstrafrechts 143

1. Entwurf 1962 143

2. Garmischer Beschlüsse 144

3. Entwurf SPD/FDP 146

4. Demonstrations-Hearing 146

5. CDU/CSU-Entwurf 147

6. 3. Strafrechtsreformgesetz 147

Seite

Kapitel 13:
Der Entwurf der CDU/CSU 149

1. Milderungen gegenüber § 125 a.F. 149

2. Verschärfungen gegenüber § 125 a.F. 150

3. Generelle Ermächtigung des Gerichts, von Strafe abzusehen, verfassungswidrig ... 151

4. CDU/CSU-Entwurf wegen Beibehaltung der Anwesenheitsbestrafung verfassungswidrig .. 152

Kapitel 14:
Die Neuregelung des Landfriedensbruchs 154

1. Beteiligung an Gewalttätigkeiten 154

2. Beteiligung an Bedrohungen mit Gewalttätigkeiten 159

3. Einwirken auf die Menschenmenge 161

Ergebnis:
Verfassungsmäßigkeit der Neufassung 166

Schrifttumsverzeichnis 168

Kapitel 1:

DAS GRUNDRECHT DER DEMONSTRATIONSFREIHEIT

I. Grundbegriffe

1. Es werden heute allgemein die Termini "D e m o n s t r a t i o n s r e c h t" und "D e m o n s t r a t i o n s s t r a f r e c h t" verwendet. Da diese Begriffe jedoch in den geltenden Gesetzen nicht vorkommen - das Grundgesetz spricht von Versammlungen und Aufzügen, das StGB von Menschenmenge etc. - könnte ihre Verwendung leicht auf Bedenken stoßen. Jedoch tut die Rechtslehre m.E. gut daran, ihre Terminologie, wenn es ohne Nachteil für die erforderliche Präzision möglich ist, dem allgemeinen Sprachgebrauch anzupassen, anstatt in einem esoterischen Sprachkonservatismus zu verharren.[1] Der Begriff "Demonstration" besitzt den Vorzug, den vorwiegend politischen Charakter der in Frage stehenden Vorgänge hervorzuheben und ihn nicht durch ungebräuchliche Termini wie "Aufzug" zu verschleiern.[2]

2. Unter dem Begriff "D e m o n s t r a t i o n" soll hier die öffentliche Kundgabe der Meinung durch mehrere Menschen mit Bezug auf einen politischen Sachverhalt (i.w.S.) verstanden werden.[3] Die Demonstration ist damit ein Unterfall der Versammlung. Im Unterschied zur Diskussionsversammlung dient die Demonstration der einheitlichen Meinungsbezeugung der Teilnehmer, die schon allein durch ihre Teilnahme kon-

---

1) Für die Verwendung des Begriffs "Demonstrationsrecht" auch Ott, DRiZ 69, 66.

2) Vgl. Denninger, ZRP 68, 42.

3) Vgl. Füßlein, VersG, Anm. 4 zu § 1; ders. in Grundrechte II, S. 445; Potrykus, Anm. 3a zu § 1; Dietel-Gintzel, Rdnr. 4 ff. und 14; Denninger, ZRP 68, 42.

kludent eine Meinung äußern. Die Demonstration findet in der Regel unter freiem Himmel statt, da sie ihren Demonstrationszweck nur in der Öffentlichkeit erfüllen kann. Sehr häufig handelt es sich um einen sich fortbewegenden Demonstrationszug, den das VersG "Aufzug" nennt.

3. Unter "D e m o n s t r a t i o n s s t r a f r e c h t" versteht man diejenigen Normen des Strafrechts, die speziell das Verhalten von Teilnehmern an Menschenansammlungen (untechnisch gesprochen), wozu auch die Demonstrationen gehören, mit Strafe bedrohen. Hierzu gehören besonders die Bestimmungen des Aufruhrs (§ 115 a.F.), des Auflaufs (§ 116 a.F.) und des Landfriedensbruchs (§ 125), erst in einem weiteren Sinne die übrigen Strafgesetze, gegen die in Demonstrationen verstoßen wird.

Diese Arbeit überprüft im wesentlichen die Bestimmungen des Aufruhrs und des Landfriedensbruchs auf ihre Verfassungsmäßigkeit, wobei der Akzent auf der sog. Anwesenheitsbestrafung (§§ 115 I, 125 I a.F.) liegt.

4. Das Demonstrationsrecht genießt g r u n d r e c h t l i c h e n S c h u t z durch das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Art. 8); daneben wird es auch von Art. 5 I geschützt, da Demonstrationen gegenüber den übrigen Versammlungen in besonderem Maße Meinungsäußerungen darstellen. Abgesehen von Meinungsäußerungen in einer Demonstration stellt schon allein die Teilnahme an ihr stets eine gewisse Meinungsäußerung dar.[1)]

Dieser doppelte Grundrechtsschutz wirft allerdings schwierige Konkurrenzprobleme auf.[2)] Die Tatsache, daß das Demonstra-

---

1) M-D-H Rdnr. 29 zu Art. 8.

2) Siehe unten Kap. 4 II.

tionsrecht grundrechtlich geschützt ist, wird jedoch nahezu einhellig anerkannt.[1)]

Eine Gegenmeinung, die das Demonstrationsrecht mangels ausdrücklicher Verwendung gerade dieses Wortes in der Verfassung nicht grundgesetzlich geschützt sieht,[2)] steht vereinzelt und stellt eine unzulässige Simplifizierung der Argumentation dar, die geeignet ist, jede Verfassungsnorm durch restriktive Interpretation zu entwerten. Ein Ausschluß der Demonstration, welche eine z.Zt. besonders relevante Form der Versammlung darstellt, aus dem Schutz der Versammlungsfreiheit würde dieses Grundrecht entscheidend entwerten und verstieße damit gegen die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II.

Die Auffassung des grundrechtlichen Schutzes des Demonstrationsrechts liegt auch dem VersG[3)] zu Grunde, das auch den "Aufzug" umfaßt. Auch der heutige Gesetzgeber, einschließlich der Fraktion der CDU/CSU, bekennt sich zur Grundrechtsqualität des Demonstrationsrechts.[4)]

II. Die Bedeutung des Demonstrationsrechts im Grundgesetz

Die Überprüfung von Gesetzen auf ihre Übereinstimmung mit der Verfassung, hier besonders mit dem Grundrecht der Demonstrationsfreiheit, setzt ein richtiges Verständnis des Grundrechts voraus.

---

1) M-D-H. Art. 8, Rdnr. 49; v.Münch in BK Art. 8, Rdnr. 36; v. Mangoldt-Klein, Art. 8, Anm. III 5; Füßlein in Grundrechte II, S. 453; Dietel-Gintzel § 1, Rdnr. 14; Neuberger GA 1969, 2; Hoffmann JUS 67, 393; Guraze ZRP 69, 6; Denninger ZRP 68, 42.

2) Samper, BayVBl 1969, 77.

3) vom 24.7.1953, BGBl I, 684.

4) Beispielsweise Abg. Benda (CDU/CSU) am 10.12.1969 vor dem Deutschen Bundestag, BT-Prot. VI, 710 und Abg. Erhard (CDU/CSU), ibid. S. 711.

1. Die Diskussion über das Demonstrationsrecht wird hauptsächlich von zwei Grundkonzeptionen ausgeführt. Je nachdem, ob man dem Grundrecht der Versammlungsfreiheit lediglich A b w e h r f u n k t i o n gegenüber dem Staat zuschreibt, oder es darüber hinaus als d e m o k r a t i s c h e s G r u n d r e c h t der Teilnahme am politischen Prozeß ansieht, ergibt sich eine verschiedene Reichweite und Bedeutung des Grundrechts. Die Vertreter der ersten Auffassung sind daher geneigt, die Demonstrationsfreiheit zwar als notwendiges Übel anzuerkennen, es aber jedem anderen Rechtsgut und vor allem jedem Ordnungsinteresse weichen zu lassen.

Indessen reicht die auf Georg JELLINEK[1)] zurückgehende Einordnung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit in den Bereich des s t a t u s n e g a t i v u s zum Schutze einer staatsfreien, individuellen Sphäre[2)] in einem demokratischen Staate nicht aus.[3)]

2. In der demokratischen Ordnung des Grundgesetzes bildet die Versammlungsfreiheit eine wesentliche Voraussetzung der Demokratie. Sie garantiert die freie Meinungsäußerung und Meinungsbildung in Gruppenform und in der Öffentlichkeit.[4)]

Die Betonung der demokratischen Komponente des Versammlungsrechts erfolgt im Rahmen eines umfassenden Wandels der Freiheitsrechte im modernen demokratischen Staat.

---

1) G. Jellinek, System der subj. öff. Rechte, 1963 (unveränderter Nachdruck der 3. Aufl.), S. 87 und 139.

2) Diese Komponente betont besonders Herzog in M-D-H Art. 8, Rdnr. 3 ff.; das Recht zum kollektiven Zusammenschluß diene wegen der sozialen Natur des Menschen der Persönlichkeitsentwicklung.

3) Ebenso Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 18.

4) Vgl. Füßlein, Grundrechte II, S. 443; v. Münch, BK Art. 8, Rdnr. 11.

a) Dabei soll nicht auf die Kontroverse eingegangen werden, ob das Kaiserreich von 1871, in dem die bis 1970 geltenden Demonstrationsstrafnormen erlassen worden waren, einen "Obrigkeitsstaat" bildete oder nicht.[1] Es war gewiß kein Willkürstaat, aber man kann es wohl kaum als einen prinzipiell demokratischen Staat bezeichnen,[2] was in diesem Zusammenhang das Entscheidende ist. Die Reichsverfassung von 1871 enthielt mit voller Absicht der Reichsgründer keine Grundrechte. Bezeichnend ist Bismarck's Qualifikation der Freiheitsrechte als "Eroberungen der Revolution auf Kosten des allgemeinen Grundrechts des friedlichen Bürgers auf ungestörten Schutz durch die Obrigkeit".[3]

b) Die Freiheitsrechte werden nicht mehr lediglich als A b w e h r r e c h t e gegen den Staat gesehen. Diese Sicht war im Staatswesen der konstitutionellen Monarchie berechtigt gewesen, als es darauf ankam, der nicht demokratisch legitimierten Staatsgewalt einen bürgerlichen Freiheitsraum auszugrenzen. Die Abwehrfunktion der Freiheitsrechte ergab sich folgerichtig aus dem Dualismus "zwischen dem sich als Gesellschaft setzenden Bürgertum und der sich als Staat setzenden Monarchie (Heer, Beamtentum, Adel)".[4]

Mit der Errichtung der Demokratie in Deutschland verlor dieser Dualismus weitgehend seine Existenzberechtigung. Es

---

1) In der Diskussion um das Demonstrationsrecht wiesen die Anhänger einer restriktiven Interpretation der einschlägigen Strafnormen auf deren "obrigkeitsstaatlichen" Ursprung hin, während die Gegenmeinung in diesem Argument nur unsachliche "Stimmungsmache" (Eb. Schmidt, JR 1968, 321, 322) sah. Vgl. ferner R. Bernhardt in R. Wiethölter, Rechtswissenschaft, 1968, 322, 323 und OLG Frankfurt, Urt. v. 22.10.69, S. 8, abgedruckt in FAZ v. 23. 10.69, S. 27.

2) Vgl. Dahrendorf, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, 1968, S. 235, der die Überbetonung des Rechtsstaates auf Kosten der Demokratie in Deutschland bemängelt.

3) Zit. nach Franssen, Positivismus als juristische Strategie, JZ 68, 766, 769.

4) Preuß, Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen, 1969, S. 36, Fußn. 36.

hat sich deshalb weithin die Erkenntnis durchgesetzt, daß sich die Funktion der Freiheitsrechte nicht in der Schaffung einer staatsfreien Sphäre des Individuums erschöpft. Das Freiheitsprinzip des Grundgesetzes ist kein antistaatliches, sondern "ein Prinzip der Gemeinschaftsordnung".[1] Die Grundrechte garantieren nicht nur Freiheit v o m Staat, sondern auch Freiheit z u m Staat.[2] Der Staat ist für den Bürger (im Prinzip) keine vorgegebene, abstrakte Größe, sondern er bildet das Produkt des Volkswillens. Seiner steten "Konstituierung" dienen die Freiheitsrechte.[3]

3. Die Versammlungsfreiheit dient neben der Meinungsäußerungsfreiheit, Informationsfreiheit, Pressefreiheit, Vereinsfreiheit, Parteigründungsfreiheit der B i l d u n g d e s p o l i t i s c h e n W i l l e n s des Volkes. Daß diese Willensbildung im demokratischen Staat von unten nach oben und nicht umgekehrt erfolgen muß, hat das BVerfG[4] betont. Das Gericht hob in seiner Entscheidung zur Parteienfinanzierung[4] hervor, daß die Meinungsfreiheit für die freiheitliche, demokratische Ordnung konstituierend sei. Diese Qualifizierung gilt in selbem Maße für das Versammlungsrecht,[5] das die Meinungsbetätigung in kollektiver Form schützt.

Alle genannten Rechte sichern das Vorfeld ab für das Hauptgrundrecht der Demokratie, für das Wahlrecht. Die Rechte müssen auch r e c h t s t a t s ä c h l i c h gegeben

---

1) K. Hesse in Festgabe für R. Smend zum 80. Geburtstag, 1962, S. 71, 87.

2) Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 18.

3) Denninger, ZRP 68, 42, 44; W. Schaumann, Der Auftrag des Gesetzgebers zur Verwirklichung der Freiheitsrechte, JZ 1970, 48, 49.

4) BVerfG E 20, 56, 97 v. 19.7.1966. Auch schon in E 4, 85, 134; E 7, 198, 208 und E 12, 113, 125.

5) Frowein, A-Prot. VI, 154.

sein, damit das Wahlrecht nicht zum Schleier einer in Wahrheit undemokratischen Staatsform werde.

4. Um die Bedeutung eines Grundrechts für die Demokratie zu ermitteln, bedarf es einer Analyse der t a t s ä c h l i c h e n E f f e k t i v i t ä t des betreffenden Grundrechts. Aber auch die Effektivität der anderen demokratischen Grundrechte muß geprüft werden, weil diese Grundrechte nicht beziehungslos nebeneinander stehen. Je weniger effektiv sich einige demokratische Grundrechte im politischen Leben erweisen, desto größeres Gewicht kommt (auch rechtlich) den anderen, effektiveren Grundrechten zu.

Die Grundrechtsinterpretation darf sich also nicht in rein juristischen Erwägungen erschöpfen, sondern berücksichtigt auch politische, historische und soziologische Zusammenhänge.[1] Auch das BVerfG hat solche Gesichtspunkte in vielen Entscheidungen herangezogen.[2]

Es bestimmte beispielsweise den "Wesensgehalt" i.S. Art. 19 II teilweise soziologisch, unter Berücksichtigung des zu regelnden Lebensverhältnisses und der gesellschaftlichen Anschauungen über die getroffene Regelung.[3] In der Frage der Parteienfinanzierung[4] kann die Argumentation des BVerfG als politologisch bezeichnet werden.

Da das Verfassungsrecht seinem Wesen entsprechend kaum ins Detail gehende Normen enthält, vermag hier ein Subsumtionsautomatismus noch weniger zu herrschen als in den übrigen

---

1) Vgl. K. Hesse, Grundzüge, S. 24 f.

2) BVerfGE 1, 144, 148; 1, 208, 247; 2, 266, 285; 3, 58, 85; 3, 288, 301; 7, 377, 397; 9, 305, 323; 12, 205, 261. Zustimmend Fr. Müller, Normbereiche, S. 12.

3) BVerfGE 2, 266, 285.

4) BVerfGE 20, 56.

Rechtsgebieten. Die Verfassungsinterpretation muß sich auch an der Verfassungswirklichkeit orientieren.[1] Dies gilt auch für den Gesetzgeber, der, "wenn er sich in dem grundrechtsgeschützten Raum bewegt, die Bedeutung des Grundrechts in der sozialen Ordnung zum Ausgangspunkt seiner Regelung nehmen muß".[2]

Dies geht nach R. BECK[3] so weit, daß für eine Bestimmung des nach Art. 19 II geschützten Wesensgehalts der Grundrechte nicht nur das Wesen des einzelnen Grundrechts allein aus demselben heraus ermittelt, sondern das gesamte Ausmaß der überhaupt gegebenen grundrechtlichen Freiheitssphäre berücksichtigt werden muß. Denn zur Erhaltung einer lebendigen Staatlichkeit sei die dauernde Bewahrung eines gewissen Pegels grundrechtlicher Freiheit erforderlich. Diese Interdependenz besteht m.E. zumindest bei denjenigen Grundrechten, die Voraussetzung der Demokratie bilden.

5. Die M e i n u n g s f r e i h e i t findet ihre tatsächliche Schranke in der ungleichen Verteilung der Mittel, die eigene Meinung in der Öffentlichkeit zur Geltung zu bringen. Für die große Menge der Bürger stehen die wirksamen Medien von Presse, Rundfunk und Fernsehen nicht zur Verfügung.[4] Daneben besteht die Gefahr, daß die Vielfalt

---

1) Vgl. E-H. Rittler, Die Verfassungswirklichkeit - eine Rechtsquelle, Der Staat 1968, 352 ff.

2) BVerfGE 7, 377, 404 (Apotheken-Urteil).

3) Dieser Gedanke taucht bei Raimund Beck, Verfassungsaufhebung durch Verfassungsausschöpfung, JZ 1968, 47 ff., auf. Nach Beck vermag sich eine Verletzung des Wesensgehalts eines Grundrechts auch durch Kumulation einzelner, jeder für sich zulässiger Grundrechtseingriffe ergeben.

4) Vgl. die etwas doppelsinnige Feststellung Löwensteins (Verfassungslehre, S. 362): "In der ... Demokratie ... wird unterstellt (!), daß der Zugang zu den Massenkommunikationsmitteln den wettstreitenden Ideologien und den sie tragenden pluralistischen Gruppen gleichmäßig und auf gleichem Fuße möglich ist."

der Meinungen durch Konzentration und Monopolbildung im Pressewesen beschränkt wird.[1] Außerdem steht es mit der sog. "inneren" Pressefreiheit nicht zum Besten. Davon abgesehen, droht die größere Gefahr für die Meinungsfreiheit nicht erst von der Beschränkung der Äußerungsmöglichkeiten, sondern bereits auf der Stufe der Meinungsbildung.

Auch die P a r t e i g r ü n d u n g s f r e i h e i t besitzt in der politischen Wirklichkeit geringe Bedeutung, da die beträchtlich verfestigten politischen Verhältnisse (Establishment), nicht zuletzt wegen der wahlrechtlichen Sperrklauseln, neuen Parteien kaum eine Startchance verleihen. Auch die innerparteiliche Demokratie läßt zu wünschen übrig.[2]

Eine Gesamtsicht ergibt, daß das Funktionieren des demokratischen Prozesses erheblich durch das Übergewicht einiger Kräfte, wie der großen Parteien, einflußreicher Interessenverbände und der Massenmedien beeinträchtigt ist.[3]

Im Zuge einer möglichst "effektiven"[4] Verfassungsinterpretation bedeutet es deshalb keine unzulässige "Aufwertung"[5] des Demonstrationsrechts, wenn dieses aus der (praktischen)

---

1) Vgl. Bericht der Günther-Kommission, BT-Drucksache V, 2403 und Löffler, Die Pressekonzentration bedroht die Pressefreiheit, ZRP 1968, 12, mit weiteren Nachweisen.

2) Vgl. Ulrich Lohmar, Innerparteiliche Demokratie, 2.Aufl. 1968; Ute Müller, Die demokratische Willensbildung in den den politischen Parteien, 1967.

3) H. Simon, Freiheitliche Verfassung und Demonstrationsrecht, 1969, S. 24.

4) BVerfGE 6, 55, 72 (Ehegattenbesteuerung). Kritisch gegenüber dem Begriff der "effektiven" Interpretation: Ehmke, Prinzipien, S. 85 und Pestalozza, Der Staat 2 (1963), 425, 443 f.

5) wie Merten, MDR 1968, 621 fürchtet.

Unzulänglichkeit der übrigen demokratischen Rechte eine Betonung erfährt. Es handelt sich nicht darum, das Demonstrationsrecht an die Spitze einer konstruierten Rangordnung der Grundrechte zu stellen.[1] Aber man muß der Funktion Rechnung tragen, die das Demonstrationsrecht in den letzten Jahren wahrnahm, nämlich den Mangel in der Effektivität der anderen demokratischen Grundrechte auszugleichen.[2]

6. Es ist zwar leicht, gegen politologische und soziologische Erwägungen mit dem Prädikat "ideologisch", "unwissenschaftlich" und "spekulativ" vorzugehen.[3] Gefährlicher erscheint mir jedoch die bewußte Beschränkung auf die "juristisch-dogmatische"[4] Erörterung, die die effektive Verwirklichung der Verfassungssätze außer Acht läßt.[5]

Gegen die hier hervorgehobene demokratische Komponente des Versammlungsrechts wurde des öfteren der Einwand erhoben, ihr stehe die Entscheidung des Grundgesetzgebers für die r e p r ä s e n t a t i v e Demokratie entgegen.[6] In der

---

1) Wie Merten, MDR 1968, 621 fürchtet.

2) In diesem Zusammenhang verdient die Blinkfuer-Entscheidung des BVerfG (E 25, 256, 265) Beachtung, wonach Springers Boykottaufruf mit Androhung einer Liefersperre wegen der marktbeherrschenden Stellung des Springer-Konzerns die G l e i c h h e i t d e r C h a n c e n b e i d e m P r o z e ß d e r M e i n u n g s b i l d u n g verletzte.

3) Ein Beispiel bilden die vernichtenden Kritiken, die Merten den Kommentaren zum Versammlungsgesetz von Ott bzw. Dietel-Gintzel gegeben hat: MDR 68, 621 ff. bzw. Staat 1970, 274 ff.

4) Merten, MDR 68, 621.

5) Ähnlich H. Simon, Freiheitliche Verfassung und Demonstrationsrecht, 1969, S. 5 und 9.

6) Frowein, A-Prot. VI, 154, wendet sich gegen eine "Spontandemokratie". Ähnlich Scheuch, A-Prot. VI, 166 und Dreher, NJW 70, 1153, 1154.

Tat hat der Grundgesetzgeber plebiszitäre Züge aus dem Grundgesetz weitgehend verbannt. Mit der Entscheidung für die mittelbare Demokratie ist jedoch über die Art und Weise der W i l l e n s b i l d u n g d e s V o l k e s (im Unterschied zu der des Staates, vgl. BVerfGE 20, 56, 98, Parteienfinanzierung) nichts ausgesagt. Gerade die parlamentarische, repräsentative Demokratie bedarf eines besonders lebhaften Prozesses der politischen Willensbildung des Volkes, als Voraussetzung und Gegengewicht. Hierzu dienen indessen nicht mehr solche Demonstrationen, die nicht Meinungs ä u ß e r u n g und Meinungs b i l d u n g, sondern Meinungs d u r c h s e t z u n g bezwecken. Aktionen, die die freie politische und staatliche Willensbildung durch Druck zu vereiteln suchen oder die angestrebten Ziele in einer Art von Selbsthilfe durchsetzen wollen, gehen über den Rahmen der Meinungsfreiheit hinaus.[1)]

7. "Die freiheitliche Demokratie kann nicht allein von der alle vier Jahre wiederholten Ja- oder Nein-Sage zu ausformulierten Parteiprogrammen leben, sondern sie braucht mannigfaltige Schauplätze ständiger öffentlicher Kritik."[2)] Der Rat, die Mängel, welche der parlamentarischen Demokratie anhaften, könnten "in erster Linie durch den Wahlzettel bekämpft werden",[3)] hilft wenig weiter. Denn Voraussetzung einer fruchtbaren und freien Stimmabgabe bildet eine unabhängige Informations- und Willensbildung. Gerade das Demonstrationsrecht dient diesem Zweck, indem es bestehende Informations- und Meinungsmonopole auflockert.

In der gegebenen Verfassungswirklichkeit hat sich die Versammlungsfreiheit als das Grundrecht erwiesen, das am ehe-

---

1) Vgl. Baumann-Frosch, JZ 70, 113, 115.

2) Denninger, ZRP 68, 42, 44.

3) Dreher, NJW 70, 1153, 1154.

sten eine spontane öffentliche Meinungsäußerung von Bürgern erlaubt, die über keinen entsprechenden Organisations- und Machtapparat verfügen.[1] "Unter heutigen gesellschaftlichen Bedingungen, unter denen ökonomische und soziale Macht sich unschwer in politische Macht umsetzt, sind die Grundrechte die politischen Instrumente derer, die soziale und politische Macht überhaupt nur durch Vereinigung, Versammlung, Meinungsäußerung, kurz: durch unmittelbare Teilnahme konstituieren können."[2]

Bei einer verfassungsrechtlichen Untersuchung, besonders bei der Überprüfung von Normen auf ihre Übereinstimmung mit Art. 8, muß daher der "b e s o n d e r e v e r f a s s u n g s t h e o r e t i s c h e S t e l l e n w e r t" der Demonstrationsfreiheit stets im Auge behalten werden.[3] Denn ohne die Berücksichtigung der demokratischen Funktion[4] des Demonstrationsrechts bleibt eine juristische Erörterung leicht ein "steriles Begriffeschieben".[5]

Darüber hinaus muß betont werden, daß es bei jeder Norminterpretation entscheidend auf das V o r v e r s t ä n d n i s ankommt, mit dem der Interpret an sie herantritt.[6]

---

1) Ähnlich LG Hannover, Urt. v. 12.3.1969, DRiZ 69, 225,226. Dennoch trifft, von Ausnahmesituationen abgesehen, die Feststellung Löwensteins (Verfassungslehre, S. 334) zu, die Versammlungsfreiheit habe viel von ihrer früheren Bedeutung verloren, weil die politische Propaganda heute hauptsächlich durch Rundfunk, Fernsehen und Presse betrieben werde.

2) U. Preuß, Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen, 1969, S. 170.

3) Denninger, ZRP 68, 42, 45. Leitsätze des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer vom 7.3.1969, A-Prot. V, 2918.

4) Wobei für einen Demokraten der Begriff "Demokratie" durchaus von "positiver Gefühlsbetontheit" angefüllt sein kann, was Merten, Staat 1970, 274, stört.

5) Denninger, ZRP 68, 42, 43.

6) Ehmke, Prinzipien, S. 70.

Da sich ein Vorverständnis nicht umgehen läßt, kommt es darauf an, es bewußt zu machen und zu begründen.[1] Es erscheint doch als recht zweifelhaft, ob eine Einstellung in verfassungsrechtlichen Fragen zu richtigen Ergebnissen führen kann, die sich in einem Satz äußert, wie: "Dem Kenner der deutschen Geschichte und des deutschen Volkscharakters sind sehr bald Zweifel gekommen, ob der Verfassungsgeber mit der, alle bisherigen freiheitlichen Verfassungen übertrumpfenden großzügigen Austeilung von Freiheiten (Forsthoff) die Weiche für die weitere Entwicklung staatlichen Lebens richtig gestellt hat."[2]

---

1) K. Hesse, Grundzüge, S. 26. Vgl. ferner Pestalozza, Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der BRD, Der Staat Bd. 2 (1963), S. 425, 432 f., wonach das Vorurteil zum Essentiale der Auslegung wird und die nachträgliche Methodenauswahl bedingt.

2) Eb. Schmidt, Strafrechtspflege in Gefahr, ZStW 80 (1968), 567. Schmidt bescheinigt der neuen Generation ein "völlig pervertiertes Verhältnis zum Staat" und "ständigen Mißbrauch einer total pervertierten Freiheitsidee" (S. 569). Es fragt sich, ob die von Schmidt zur Besserung des Geschichts- und Freiheitsbewußtseins empfohlene (S. 577) Lektüre von Gustav Freytag (Soll und Haben) und Percy E. Schramm eine Hilfe für das Verständnis des Grundgesetzes liefern kann.

Kapitel 2:

DIE SCHRANKE DER FRIEDLICHKEIT DES ART. 8 I

I. Ansichten im Schrifttum

Art. 8 I gibt allen Deutschen das Recht, sich friedlich und ohne Waffen zu versammeln. Während das Merkmal der Waffenlosigkeit bisher keine größeren Probleme aufgeworfen hat, erwies sich das Merkmal der Friedlichkeit als ein Schlüsselbegriff. Seine Interpretation entscheidet weitgehend über die Reichweite der grundrechtlich verbürgten Versammlungsfreiheit. Es handelt sich um eine "zentrale Schaltstation zwischen der oberen Ebene des Grundrechts und der unteren Stufe des Strafrechts".[1)]

1. Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit umfaßt das Recht, Versammlungen einzuberufen, zu leiten und an solchen teilzunehmen.[2)] Aus Art. 8 I wird geschlossen, daß dieses Recht nur hinsichtlich f r i e d l i c h e r Versammlungen besteht. Nach h.M. endet der Grundrechtsschutz auch für s e l b s t f r i e d l i c h e Versammlungsteilnehmer, wenn die Versammlung einen unfriedlichen Charakter annimmt.[3)] Diese Interpretation der Grundrechtsschranke[4)] stellt also

---

1) Tiedemann, JZ 69, 717, 722.

2) v. Mangoldt-Klein Art. 8, Anm. III, 1.

3) M-D-H Art. 8, Rdnr. 56; Sch-Schr § 116, Rdnr. 4; Janknecht, GA 1969, 33, 36; Frowein, A-Prot. VI, 156; Dreher, NJW 70, 1153, 1154.

4) Der Begriff der "Schranke" wird hier ohne ein etwa dahingehendes Vorverständnis verwandt, es gäbe schrankenlose Freiheit, oder eine solche sei zu begrüßen. Die Verwendung des Begriffs der Schranke für einzelne Tatbestandsmerkmale der Grundrechte folgt einem verbreiteten Sprachgebrauch. So bezeichnen Maunz, Staatsrecht, § 15, IV, 5a, vM-Kl, Anm. IV, 1 zu Art. 8 und Herzog in M-D-H, Rdnr. 54 zu Art. 8 und passim das Erfordernis der Friedlichkeit als Schranke.

auf das Verhalten der Versammlung als ganze ab, nicht auf das Verhalten der einzelnen Grundrechtsträger. Der Begriff der Friedlichkeit wird als s a c h l i c h - immanente[1] Gewährleistungsschranke verstanden.[2]

2. Nach dieser h.M. ist eine Versammlung dann unfriedlich, wenn sie einen gewalttätigen oder aufrührerischen Verlauf nimmt.[3] Dabei wird allgemein anerkannt, daß heftige Meinungsverschiedenheiten und verbale Streitigkeiten eine Versammlung noch nicht zu einer unfriedlichen werden lassen.[4]

Das Versammlungsgesetz vom 24. Juli 1953 verwendet statt des Begriffs der Unfriedlichkeit die Formulierung "gewalttätig und aufrührerisch".[5] Diese Wendung wurde gewählt, weil der beratende Bundestagsausschuß den Begriff der Unfriedlichkeit wegen der Gefahr einer zu weiten Auslegung als ungeeignet für die polizeiliche Praxis ansah.[6] Es handelt sich also um eine Art Legaldefinition.

Bei der Feststellung, welches Verhalten gewalttätig ist, ergeben sich die selben Schwierigkeiten wie bei der Auslegung des § 125 a.F. Allgemein läßt sich zunächst sagen, daß der Grundsatz grundrechtseffektiver Verfassungsauslegung[7] eine

---

1) Diese Terminologie folgt vM-Kl, Vorb. B XV 2 und Maunz, Staatsrecht, § 15 IV 5a ("sachliche Schranke").

2) So ausdrücklich vM-Kl, Art. 8, Anm. IV, 2a; konkludent: BayObLG 26.11.68, NJW 69, 63, 64 und 14.4.69, NJW 69, 1127.

3) Füßlein, Grundrechte II, 446 f.; Hamann Komm. S. 127; v. Münch, Art. 8, Rdnr. 29; M-D-H Art. 8, Rdnr. 56.

4) v. Münch, Art. 8, Rdnr. 29; M-D-H Art. 8, Rdnr. 56; H. Vogel S. 9: "Sicher ist damit" (sc. friedlich) "nicht eine friedvoll und andächtig einem oder mehreren Rednern lauschende Menge von Menschen gemeint, die am Ende gestärkt und erbaut nach Hause geht."

5) § 5 Nr. 3 und § 13 I, Nr. 2 VersG.

6) Füßlein VersG § 5, Anm. 10 Abs. I.

7) Vgl. BVerfGE 6, 55, 72 (Ehegattenbesteuerung).

extensive Interpretation der Grundrechtsschranke verbietet.[1)]

3. Eine Versammlung ist unfriedlich, wenn in ihrem Verlauf unmittelbare körperliche Gewalt gegen Personen oder Sachen verübt wird, wenn es zu gewaltsamen Angriffshandlungen kommt. Die Ausübung von Zwang ohne körperliche Gewalt macht eine Versammlung dagegen nicht unfriedlich i.S. Art. 8 I.[2)]

So ist eine Demonstration in Form eines Sitzstreiks sich lediglich passiv verhaltender Demonstranten auf Verkehrsflächen trotz u.U. schwerer Verkehrsbehinderung nicht unfriedlich.[2)] Denn Sitzstreiks können zwar eine Zwangswirkung entfalten, z.B. den Straßenverkehr lahmlegen, sie erschöpfen sich jedoch in der Regel in passiver Resistenz, sind nicht aggressiv. Das Wesen des Sitzstreiks besteht gerade im Verzicht auf körperliche Gewalt.[3)] Hiermit ist allerdings noch nichts über die Rechtmäßigkeit von Sitzstreiks gesagt, da Art. 8 II für Versammlungen unter freiem Himmel weitere Grundrechtsbeschränkungen zuläßt.

Ferner begründet das Werfen oder Mitführen von faulen Früchten, Farbbeuteln, Eiern, Pudding etc. keine Unfriedlichkeit der Versammlung.[4)] Solche Mittel dienen in der Regel nicht

---

1) Für einschränkende Auslegung des Begriffs auch Baumann-Frosch JZ 70, 113, 114, Fußn. 11.

2) Sch-Schr § 116, Rdnr. 4 gegen BayObLG 26.11.68, NJW 69, 63, 64. Ferner Eb. Schwark, NJW 69, 1495, 1496 gegen BayObLG 14.4.1969, NJW 69, 1127.

3) Mit Recht weist Stöcker, JZ 69, 396, 397 darauf hin, daß die gewaltlose politische Aktion zu den relativ erfreulichen Phänomenen in der an Kriegen und Bürgerkriegen so reichen Geschichte der politischen Auseinandersetzung gehört, mit Bezug auf den passiven Widerstand der frühen Christen gegen den römischen Kaiserkult und der Anhänger Ghandi's gegen die britische Kolonialmacht.

4) Tiedemann, JZ 69, 712, 722.

dazu, andere körperlich zu verletzen, sondern geben die Getroffenen höchstens der Lächerlichkeit preis.

4. Die Qualifikation einer Versammlung als unfriedlich kann ferner nur dann erfolgen, wenn sich die überwiegende Anzahl der Versammlungsteilnehmer unfriedlich verhält, sei es gegen Dritte, sei es untereinander.[1] Zumindest darf eine Versammlung als ganze nicht als unfriedlich angesehen werden, solange die unfriedlichen Störer von der Polizei isoliert werden können, oder sich der friedliche Teil der Versammlung von den Gewalttätern sichtbar distanziert.[2]

5. Nach dem Gesagten ist vor dem Versuch zu warnen, Unfriedlichkeit mit einem Verstoß gegen geltende Gesetze und Verordnungen gleichzusetzen. Nicht alles ist unfriedlich, "was sich als Angriff auf den öffentlichen Frieden, der im wesentlichen mit der öffentlichen Sicherheit und Ordnung identisch ist, manifestiert".[3] Eine solche Auslegung, die logisch durchaus möglich ist, würde das Grundrecht der Versammlungsfreiheit aushöhlen. Denn unter den polizeirechtlichen Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung fällt u.a. die "Unterlassung von mit Strafe oder Geldbuße bedrohten Handlungen" und "die Einhaltung der sonstigen zur Gewährleistung des staatsbürgerlichen Gemeinschaftslebens erlassenen Rechtsvorschriften.[4] Wer bei "Rot" über die Straße geht, sich sonst verkehrswidrig verhält oder etwa gegen eine Vorschrift zur

---

1) A.A. Erdsieck, Die gewalttätige Demonstration im Rechtsstaat, FAZ 18.8.69, S. 2: "Überdehnung" des Begriffs Friedlichkeit.

2) Vgl. M-D-H Art. 8, Rdnr. 57 und Herzog, A-Prot. VI, 158 f.

3) Samper, BayVBl 69, 78.

4) Schiedermaier, Einführung in das Bayer. Polizeirecht, 1961, S. 83.

Aufrechterhaltung der Sauberkeit auf den Straßen verstößt, handelt nicht unfriedlich, d.h. nicht gewalttätig oder aufrührerisch.

6. Ebenso darf nicht undifferenziert jede "g e g e n d i e S t r a f g e s e t z e v e r s t o ß e n d e"[1] Versammlung als unfriedlich angesehen werden.[2] Denn Verfassungsbegriffe dürfen nicht unbesehen durch Begriffe, die in einfachen Gesetzen enthalten sind, interpretiert werden. Der Gesetzgeber erfüllt zwar die Funktion, mit der Gesetzgebung die Normen der Verfassung zu konkretisieren und ihre Zielvorstellungen zu verwirklichen. Im einfachen Gesetz gibt der Gesetzgeber seine Ansicht über die Reichweite der Grundrechte wieder, ohne damit jedoch die Gerichte bei der Auslegung der Verfassung binden zu können.[3]

Gegenstand dieser Arbeit bildet gerade die Überprüfung des Strafrechts, soweit es Demonstrationen betrifft, auf seine Verfassungsmäßigkeit. Eine ungeprüfte Gleichsetzung des Begriffs der Friedlichkeit in Art. 8 mit Strafrechtsverstößen würde dem Vorrang des Verfassungsrechts zuwiderlaufen (vgl. Art. 1, III).

Das Strafrecht ist nur insoweit als immanente[4] Schranke (Friedlichkeit) des Grundrechts der Versammlungsfreiheit zu betrachten, als das betreffende Strafgesetz (und seine Interpretation) erstens verfassungskonform ist und zweitens eine Konkretisierung gerade des Postulats der Friedlichkeit des Art. 8 I bildet. Strafgesetze, die sich speziell gegen

---

1) Frowein NJW 69, 1083.

2) Ähnlich H. Maul, Demonstrationsrecht und allgemeine Strafbestimmungen, JR 70, 81, 84.

3) Auch nicht durch Legaldefinitionen.

4) I m m a n e n t e Schranke deshalb, weil sie in der Einzelgewährung des betreffenden Grundrechts enthalten ist (vgl. vM-Kl, Vorb. B XV 2).

den (angeblichen) Mißbrauch bestimmter Grundrechte richten (z.B. das sog. Demonstrationsstrafrecht), müssen hinsichtlich ihrer Verfassungsmäßigkeit primär an den betreffenden Grundrechtsbestimmungen gemessen werden. Diese Prüfung darf nicht durch die auf den Vorbehalt des Art. 2 I (Verstoß gegen die verfassungsmäßige Ordnung) gestützte pauschalisierende Ansicht umgangen werden, daß die Verbotsnormen des Strafrechts eine allgemeine Sperrwirkung gegenüber jeglicher Grundrechtsausübung besitzen.[1)]

II. Eigene Meinung

Die h.M., welche nur auf die Beschaffenheit der Versammlung abstellt, läuft Gefahr, den i n d i v i d u e l l e n Charakter[2)] der Grundrechte des Art. 8 zu übersehen. Sie reduziert das Recht, "sich friedlich zu versammeln", auf das Recht, an einer friedlichen Versammlung teilzunehmen.

1. Der Satzteil "friedlich und ohne Waffen" des Art. 8 I bezieht sich auf die Grundrechtsträger, und nicht auf die Versammlung. Er schließt in grammatikalischer Interpretation nur diejenigen vom Schutz des Art. 8 aus, die sich selbst unfriedlich verhalten oder bewaffnet sind. Der Begriff der Friedlichkeit ist deshalb m.E. grundsätzlich als immanente p e r s ö n l i c h e Gewährleistungsschranke[3)] zu verstehen.

Zu dieser Feststellung kommt jedoch die weitere Erkenntnis

---

1) Vgl. Dürig in M-D-H, Rdnr. 76 zu Art. 2 I.

2) vM-Kl Art. 8, Anm. II, 3: "individuelles Freiheitsrecht".

3) Allerdings in einem weiteren Sinn, als der Begriff bei vM-Kl, Vorb. B XV 2c gebraucht wird. Gemeint ist, daß die Bedingung der Friedlichkeit grundsätzlich bei den einzelnen Grundrechtsträgern erfüllt sein muß und nicht bei der Gesamtheit der Versammelten.

hinzu, daß als notwendige Voraussetzung des Sichversammelns ein parallel gehendes Verhalten anderer hinzutreten muß. Diese k o l l e k t i v e K o m p o n e n t e der Grundrechtsausübung führt dazu, daß das Verhalten anderer Versammlungsteilnehmer u.U. auf das Grundrecht dessen zurückwirkt, der selbst die Schranken des Grundrechts nicht übersteigt.

2. Die Berücksichtigung der kollektiven Komponente darf jedoch nicht dazu führen, den auch i n d i v i d u e l l e n Charakter des Grundrechts zu vernachlässigen. Es besteht sonst die Gefahr, das Grundrecht des einzelnen auf ein Minimum zu beschränken, mit der Begründung, daß Dritte ihr Grundrecht mißbräuchlich ausüben.[1)]

Die Grundrechtsinterpretation muß hier zu einer ausgewogenen Berücksichtigung sowohl der individuellen als auch der kollektiven Komponente des Versammlungsrechts führen. Ausgangspunkt der Lösung bildet die Feststellung, daß der selbst friedliche und waffenlose Versammlungsteilnehmer grundsätzlich Grundrechtsschutz genießt.

Dieser Schutz erfährt lediglich eine Modifikation dergestalt, daß der einzelne ein behördliches Vorgehen, das zur Bekämpfung der Gewalttätigkeiten erforderlich ist, hinnehmen muß.

3. So besteht beispielsweise die Notwendigkeit, daß die Behörde unfriedliche Versammlungen auflösen und auch den unfriedlichen Versammlungsteilnehmern gebieten kann, sich zu entfernen. Solche Maßnahmen, die sich auch gegen Nichtstörer richten, sind nicht nur auf Grund der Vobehaltsgesetzgebung des Art. 8 II zulässig. Ihre Zulässigkeit resultiert schon aus der Interpretation der immanenten Schranke der Fried-

---

1) Vgl. RA Raabe, Frankfurt, A-Prot. VI, 199.

lichkeit im beschriebenen Sinne und gilt damit auch für Versammlungen in geschlossenen Räumen, die keinem Gesetzesvorbehalt unterliegen (Art. 8 I).

Es ist auch verfassungsrechtlich zulässig, die Durchsetzung der Maßnahmen gegen eine unfriedliche Versammlung durch eine Sanktion für den Ungehorsam zu schützen. Hinsichtlich der Art der Sanktion muß jedoch berücksichtigt werden, daß die friedlichen Grundrechtsträger den Grundrechtsschutz erst durch das Verhalten Dritter (teilweise) verloren haben.

Nach diesem Ergebnis darf dem friedlichen Bürger in einer (überwiegend) unfriedlichen Versammlung nicht generell jeder Grundrechtsschutz aus Art. 8 abgesprochen werden.[1] Der Grundrechtsschutz erfährt lediglich eine M o d i f i k a t i o n: Bei der Auswahl der Maßnahmen gegen friedliche Teilnehmer muß in besonderem Maße der Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit des Mittels beachtet werden.[2]

4. Ähnliche Erwägungen liegen der Lehre zugrunde, die von einer N a c h w i r k u n g d e s G r u n d r e c h t s s c h u t z e s spricht:[3] Die friedlichen Teilnehmer an einer Versammlung sind auch dann noch privilegiert, wenn die Versammlung durch das Verhalten anderer Versammlungsteilneh-

---

1) Wie Frowein meint, A-Prot. VI, 156.

2) Vgl. Herzog, A-Prot. VI, 158: "Als friedlicher Teilnehmer an einer Versammlung genieße ich den Schutz des Art. 8 des Grundgesetzes grundsätzlich auch, wenn andere zu randalieren beginnen, selbstverständlich in modifizierter Form. Ich würde sagen, ich genieße den Schutz des Art. 8 im Sinne der Verhältnismäßigkeit."

3) v. Simson, ZRP 68, 10, 11; Ott, DRiZ 69, 68; Tiedemann, JZ 69, 717, 723; gegenteiliger Meinung im Zusammenhang mit § 116 a.F.: LG Hannover, Beschluß v. 19.3.1969, NJW 69, 1038, 1040.

mer dem Eingriff der Polizei zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit ausgesetzt ist.[1)]

Als Inhalt dieser Nachwirkung wird zunächst das Erfordernis angesehen, dem friedlichen Teilnehmer Gelegenheit und Zeit zu geben, sich zu entfernen.[2)] Darüber hinaus wirkt sich der Grundrechtsschutz auf strafrechtliche Maßnahmen gegen Versammlungsteilnehmer dergestalt aus, daß ihr Verhalten, obwohl es sich nicht im Rahmen der grundrechtlichen Freiheit hält und rechtswidrig ist, nicht mit Freiheitsstrafen pönalisiert werden darf.[3)] Dieser Ansicht liegt der Gedanke zugrunde, daß die Teilnahme an einer Versammlung nicht dem hohen Risiko einer Freiheitsstrafe ausgesetzt sein darf,[4)] wodurch sich manche Bürger leicht überhaupt vom Gebrauch ihres Grundrechts abschrecken lassen könnten.

Diese Nachwirkung des Grundrechtsschutzes - man kann auch von einem Restbestand sprechen - verhindert den unmittelbaren Umschlag eines zunächst grundrechtlich geschützten Verhaltens in kriminelles Handeln.[5)] Die Grundrechtsnachwirkung stellt sich so als eine besondere Begrenzung der strafrechtlichen Mittel dar.

---

1) Ott, DRiZ 69, 68.

2) v. Simson, ZRP 68, 10, 11.

3) A.A. Herzog, A-Prot. VI, 159 hinsichtlich des Tatbestands des § 116 a.F.: "Mir ist es aus staatstheoretischen Erwägungen völlig gleichgültig, ob Sie das Delikt als Straftat oder als Ordnungswidrigkeit ausgeben ...".

4) Vgl. v. Simson, ZRP 68, 10, 11.

5) Frowein, A-Prot. VI, 157, nennt diesen Umschlag schwer erträglich, zieht aber nicht die m.E. erforderliche Grenze für die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers. Die Pönalisierung der bloßen Anwesenheit in einer unfriedlichen Versammlung stehe in der kriminalpolitischen Entscheidungsgewalt des Gesetzgebers (A-Prot. VI, 156).

Kapitel 3:

GESETZESVORBEHALT UND SCHRANKEN DER VORBEHALTSGESETZGEBUNG

I. Der Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II

Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit steht unter den immanenten Schranken der Friedlichkeit und der Waffenlosigkeit. Personen, die selbst unfriedlich sind oder Waffen tragen, können - unter Beachtung der übrigen an eine Pönalisierung zu stellenden Anforderungen - mit Strafe belegt werden. Teilnehmer an einer Versammlung überwiegend unfriedlichen Charakters, welche jedoch selbst friedlich und waffenlos sind, stehen jedoch prinzipiell unter dem Schutz des Art. 8. Wie ausgeführt, besteht dieser Schutz allerdings in einer modifizierten, abgeschwächten Form: Maßnahmen, welche zum Vorgehen gegen unfriedliche Teilnehmer unumgänglich sind, können auch gegen friedliche Anwesende getroffen werden. Diese Unumgänglichkeit wird für ein Vorgehen der Polizei im Augenblick der Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung eher anzunehmen sein als für eine spätere Verhängung von Sanktionen.

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Maßnahmen gegen Versammlungsteilnehmer hängt jedoch nicht lediglich von der Auslegung der immanenten Schranken des Versammlungsrechtes ab. Denn Art. 8 II bestimmt, daß für Versammlungen unter freiem Himmel das Versammlungsrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden kann.

Auf Grund dieses Gesetzesvorbehalts wurde das Versammlungsgesetz vom 24. Juli 1953 erlassen, das verschiedene Einschränkungen der Versammlungsfreiheit enthält.[1] Daneben

1) Beispielsweise die Anmeldepflicht für Versammlungen im Freien (§ 14 VersG) oder das Verbot von Versammlungen in Bannkreisen (§ 16 VersG).

enthält das Versammlungsgesetz Übertretungstatbestände, beispielsweise die Teilnahme an einer verbotenen öffentlichen Versammlung (§ 29 Ziff. 1 VersG) oder das Sich-Nicht-Entfernen trotz Auflösung der öffentlichen Versammlung (§ 29 Ziff. 4 VersG).

Außerdem bedrohten die bis zur Neuregelung des Demonstrationsstrafrechts im Jahre 1970 geltenden Strafnormen des Landfriedensbruchs, Aufruhrs und Auflaufs[1] unter anderem auch selbst nicht unfriedliche Versammlungsteilnehmer mit Freiheitsstrafe.[2]

Die Verfassungsmäßigkeit dieser Sanktionsbestimmungen hängt, soweit Teilnehmer an Versammlungen unter freiem Himmel betroffen sind, nicht nur von den sog. immanenten Schranken des Versammlungsgrundrechts und insbesondere von der Auslegung des Merkmals der Friedlichkeit ab, sondern muß auch unter dem Gesichtspunkt des Gesetzesvorbehalts des Art. 8 II gesehen werden. Die sog. Anwesenheitsbestrafung könnte somit von dem Gesetzesvorbehalt gedeckt sein.

Ein Gesetzesvorbehalt erlaubt es dem einfachen Gesetzgeber, in den eigentlichen Inhalt des Grundrechts selbst einzugreifen und Schranken für die Ausübung des Rechts aufzurichten.[3]

II. Schranken der Vorbehaltsgesetzgebung

Der Gesetzesvorbehalt gibt dem Gesetzgeber indessen keine "Blankovollmacht" zu beliebiger Einschränkung des Grundrechts.[4]

---

1) Siehe unten Kapitel 8 und 9.

2) Das ist bis zu einem gewissen Grade auch nach der heutigen Gesetzeslage der Fall, vgl. unten Kapitel 14.

3) Maunz, Deutsches Staatsrecht, § 14 I 2.

4) K. Hesse, Grundzüge, § 10 II 2.

1. Das BVerfG hat vielmehr in mehreren Entscheidungen betont, daß die Gesetzgebung auch im Rahmen eines Gesetzgebungsvorbehalts nicht schrankenlos ist. Der Gesetzgeber darf die Freiheit auch im Rahmen eines Gesetzesvorbehalts nur so weit einschränken, wie es zum Schutze der öffentlichen Interessen unerläßlich ist.[1)]

Das BVerfG entnimmt dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit das Postulat, "daß der Einzelne vor unnötigen Eingriffen der öffentlichen Gewalt bewahrt bleibt".[2)] Das selbe Erfordernis ergibt sich nach dieser Entscheidung aus der "allgemeinen Freiheitsvermutung zugunsten des Bürgers", wie sie in Art. 2 I zum Ausdruck komme.[2)] In dieser Entscheidung trifft das Gericht auch die gerade für das Strafrecht bedeutsame Feststellung: "Je mehr ... der gesetzliche Eingriff elementare Äußerungsformen der menschlichen Handlungsfreiheit berührt, um so sorgfältiger müssen die zu seiner Rechtfertigung vorgebrachten Gründe gegen den grundsätzlichen Freiheitsanspruch des Bürgers abgewogen werden".[3)]
Aus der Entscheidung verdient ferner festgehalten zu werden, daß erstens der Gesetzgeber zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs Gründe vorbringen muß, und daß zweitens diese Gründe vom Gericht auf ihr Gewicht gegenüber dem betroffenen Grundrecht geprüft werden.

Schon im Apotheken-Urteil[4)] betonte das BVerfG, daß es die Notwendigkeit eines Grundrechtseingriffs notfalls mit Hilfe von Sachverständigen nachprüfen könne. Der Richter muß auch die den Gesetzen zugrundeliegenden angenommenen Kau-

---

1) BVerfG 15.12.65, E 19, 342, 348 f. (U-Haft).
2) BVerfG 7.4.64, E 17, 306, 313 f. (Mitfahrerzentralen).
3) a.a.O., S. 314.
4) BVerfG 11.6.58, E 7, 377, 412.

salverläufe "auf ihre größere oder geringere Wahrscheinlichkeit hin" überprüfen.[1] Allerdings schränkt das Gericht die Nachprüfung dahingehend ein, daß "die Erfahrungsgrundlagen, Erwägungen und Wertungen des Gesetzgebers für das BVerfG stets von größter Bedeutung sein (werden); wo sie nicht entkräftet werden, dürfen sie die Vermutung der Richtigkeit für sich in Anspruch nehmen".[2]

Andererseits nimmt das BVerfG die von ihm ausgesprochene Vermutung im Apothekenurteil selbst nicht so ernst. Es spricht nämlich davon, "es habe sich nicht davon zu ü b e r z e u g e n vermocht", daß die vom Gesetzgeber angegebenen Gefahren drohen; ferner stellt es fest, daß die befürchteten Gefahren nicht haben so wahrscheinlich gemacht werden können, daß sich mit ihnen eine absolute Zulässigkeitsklausel begründen ließe.[3]

2. Eine ähnliche Haltung wie das BVerfG nimmt auch das BVerwG ein. Es betont gerade für Art. 8, daß Gesetzesvorbehalte, selbst wenn sie ihrem Wortlaut nach unbeschränkt sind, den Gesetzgeber nicht zu jeder beliebigen, das Grundrecht einschränkenden Regelung ermächtigen.[4]

Darüber hinaus muß der Gesetzgeber nach Ansicht des BVerwG[4] "dem Sinn des Grundrechts und seiner Bedeutung im sozia-

---

1) BVerfG 11.6.58, E 7, 377, 412; diese Prüfung gilt m.E. auch hinsichtlich der den §§ 115 I, 125 I a.F. zugrundeliegenden massenpsychologischen Annahmen.

2) BVerfG, a.a.O. (Fußn. 1); zu Beweislastfragen im Verfassungsprozeß siehe unten Kap. 6, 4.

3) a.a.O. (Fußn. 1), S. 415 bzw. 431.

4) BVerwG 31.1.1967, E 26, 135, 137 (Anmeldepflicht für Versammlungen). Das Gericht hielt im Rahmen dieser Abwägung die Anmeldepflicht des § 14 VersG für verfassungsgemäß, weil sie nur eine "unerhebliche" Einschränkung des Versammlungsrechts darstelle.

len Leben Rechnung tragen, die schutzwürdigen Gemeinschaftsinteressen mit der durch das Grundrecht geschützten Freiheit des Individuums abwägen und darf die Freiheit nur soweit einschränken, wie es zum Schutz der öffentlichen Interessen unerläßlich ist."

3. Die Begrenzung der Gesetzgebung auch im Rahmen eines Gesetzesvorbehalts wird z.T. aus der F u n k t i o n d e s G e s e t z e s v o r b e h a l t e s hergeleitet: Nach E.v. HIPPEL[1] soll der Gesetzesvorbehalt "der sachgerechten Ausführung der Grundrechtsnormen dienen", soll "eine sachgerechte Ausgestaltung und Begrenzung der Grundrechte ermöglichen, nicht aber sie zur beliebigen Disposition des Gesetzgebers stellen."

K. HESSE sieht die Aufgabe der Vorbehaltsgesetzgebung in der "Herstellung praktischer Konkordanz":[2] Grundrechte und grundrechtsbegrenzende Rechtsgüter müssen so einander zugeordnet werden, daß beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen. K. HESSE leitet aus der Wesensgehaltsgarantie das Verbot ab, eine grundrechtliche Gewährleistung mehr als n o t w e n d i g ihrer Wirksamkeit zu berauben.[3]

Zu kurz kommt der Grundrechtsschutz dagegen in der gegen das "Eingriffs- und Schrankendenken" sich wendenden Lehre HÄBERLEs.[4] Im Bestreben, Freiheit und Ordnung nicht als Gegensatz anzusehen, erblickt HÄBERLE in der Vorbehaltsgesetzgebung die K o n s e q u e n z der Grundrechte.[5]

---

1) Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, 1965, S. 52.

2) Grundzüge § 10 II 2.

3) a.a.O. Hesse neigt also zur relativen Wesensgehaltstheorie. Hierüber näheres in Kapitel 5 (Wesensgehalt).

4) Peter Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, 1962.

5) a.a.O., S. 203.

Die Lehre gipfelt in der forcierten These, das vom Vorbehaltsgesetzgeber normierte Recht gehöre zum W e s e n s g e h a l t der Grundrechte.[1)]

Als Schutz vor einem Mißbrauch des Gesetzesvorbehalts durch den Gesetzgeber bietet HÄBERLE nur marginale Bemerkungen wie: der Gesetzgeber dürfe nicht "durchnormieren", "reglementieren"[2)] und "Grundrechtseingriffe müßten begrenzt sein".[3)] Die harmonistische Lehre HÄBERLEs verschleiert den tatsächlich vorhandenen Gegensatz zwischen den Grundrechten und der Staatsgewalt und führt zu einer Aushöhlung des Grundrechtsschutzes.[4)] Mit der beruhigenden Feststellung, die Grundrechtsbegrenzung geschehe häufig im wohlverstandenen Eigeninteresse des Betroffenen,[5)] kann wohl kaum über die Existenz der Interessengegensätze hinweggetäuscht werden. Die Lehre HÄBERLEs besitzt bei aller dogmatischen Eleganz den entscheidenden Nachteil, zu einem (ideologieverklärten) Abbau der Freiheiten werden zu können, wovor das starre "Eingriffs- und Schrankendenken" doch immerhin schützt.[6)]

---

1) a.a.O., S. 207. Auch das Strafrecht gehört nach H. zum Wesen der Grundrechte. Dies mag für den Fall richtig sein, daß das betreffende Strafgesetz zum Schutze einer Grundrechtsausübung unbedingt erforderlich ist (Beispiel: Mordbestrafung). Die drängende Problematik liegt indessen weniger im lückenhaften Strafrechtsschutz, sondern in einer exzessiven Strafgesetzgebung (Beispiel: Sittlichkeitsstrafrecht, Demonstrationsstrafrecht).
Auch das OLG Celle geht in seinem Urteil v. 21.10.69, NJW 70, 206, 207 an der Problematik vorbei, mit der pauschalen Feststellung: "Die Vorschrift über die Strafbarkeit des Landfriedensbruchs (a.F.) schränkt nicht etwa das Recht auf freie Meinungsäußerung ein, sondern verhilft ihm vielmehr erst zur vollen Wirksamkeit."

2) a.a.O., S. 196.

3) a.a.O., S. 197.

4) Ideologisches Fundament bildet die Polemik gegen "liberales, individualistisches Denken", a.a.O., S. 203.

5) a.a.O., S. 233.

6) Häberle selbst bringt bemerkenswerter Weise in knapper Zusammenfassung die Einwendungen gegen seine Lehre, a.a.O., S. 232 f.

III. In dubio pro libertate

Angesichts der aufgezeigten Schranken der Vorbehaltsgesetzgebung darf der Gesetzesvorbehalt nicht generell als Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers c o n t r a libertatem aufgefaßt werden.[1] Im Gegenteil erhebt sich die Frage, ob nicht auch im Rahmen der Vorbehaltsgesetzgebung das Postulat "in dubio pro libertate" gilt.

1. Das Prinzip "in dubio pro libertate" wird besonders von P. SCHNEIDER[2] vertreten. Er leitet das Prinzip aus der in Art. 1 I geschützten Menschenwürde ab.[3] Als Beispiel nennt er den Strafprozeß und besonders das Verbot von physischen oder psychotechnischen Mitteln zur Wahrheitsfindung.[4] Dem Prinzip liege die Vermutung zugrunde, der Mensch werde von seinen Freiheiten rechtmäßigen Gebrauch machen.[5] Für den Gesetzgeber bedeutet das Prinzip nach SCHNEIDER, daß er auch im Rahmen eines Gesetzesvorbehalts nur eine solche Einschränkung konstituieren darf, die eine "im Gemeinwohl begründete Ausnahme von der freiheitlichen Regel darstellt."[6]

2. Das von P. SCHNEIDER herausgestellte Prinzip "in dubio pro libertate" ist verschiedentlich auf Ablehnung gestoßen. Neben dem etwas rabulistisch klingenden Argument, "im Zweifel gelte weder die freiheitliche noch die unfreiheitliche, sondern nur die richtige Regelung"[7] wird - offenbar wegen

---

1) So Merten, MDR 1968, 621, 625.

2) P. Schneider, In dubio pro libertate, in: 100 Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, II, S. 263.

3) Ebenso Dürig in M-D-H, Rdnr. 15 zu Art. 1.

4) a.a.O. (Fußn. 2), S. 274, Fußnote 38.

5) a.a.O. (Fußn. 2), S. 270 und 289 im Anschluß an Krüger, DÖV 1955, 597.

6) a.a.O. (Fußn. 2), S. 290.

7) H. Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, 1963, S. 87.

Mißbrauchsmöglichkeiten - eine Gefahr für die Einheit der Verfassung erblickt.[1] Die Freiheitsvermutung stößt ferner auf den Einwand, das Grundgesetz schütze nicht einseitig die individuellen Rechtsgüter, sondern betone ebenso die Gemeinschaftsinteressen.[2] Die schärfste Gegnerschaft kommt jedoch von einer nicht sehr grundrechtsfreundlichen Position. Es wird nämlich befürchtet,[3] die Entscheidung c o n t r a libertatem, die der Grundgesetzgeber in den Gesetzesvorbehalten getroffen habe, könne durch "Freiheitsbeschwörungen" unterlaufen werden.

3. Das BVerfG hat eine allgemeine Freiheitsvermutung des Grundgesetzes in mehreren Entscheidungen betont.[4] Es leitet sie aus dem Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I) ab. Damit in Zusammenhang steht das Bemühen des Gerichts, die Verfassungsnormen in ein gewisses System einzuordnen. Manche Grundrechte werden besonders betont, wie etwa Art. 2 (allgemeines Freiheitsrecht) als "Basis der allgemeinen Rechtsstellung und Entfaltungsmöglichkeit des Bürgers"[5] und die Gewissensfreiheit als "wertentscheidende Grundsatznorm ..., die bei Staatsbetätigungen jeder Art ... Wertmaßstäbe setzende Kraft entfaltet und Beachtung verlangt".[6]

---

1) K. Hesse, Grundzüge, 3. Aufl. 1969, S. 29.

2) Fritz Ossenbühl, Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, DÖV 1965, 649, 657.

3) Merten, MDR 1968, 621, 625.

4) BVerfGE 6, 32, 42 (Ausreisefreiheit = Elfes-Urteil); E 17, 306, 313 f. (Mitfahrerzentrale); E 19, 342, 348 f. (Untersuchungshaft).

5) BVerfGE 19, 342, 348 f. (Untersuchungshaft).

6) BVerfGE 23, 127, 134 (ziviler Ersatzdienst).

4. In der zuletzt genannten Entscheidung entwickelte das BVerfG ein allgemeines "W o h l w o l l e n s g e b o t" gegenüber Gewissenstätern. Es leitet dieses Gebot aus seiner Rechtsprechung ab, wonach das Grundrecht der Gewissensfreiheit nicht nur subjektive Rechte gewährt, sondern zugleich eine "wertentscheidende Grundsatznorm" ist. Das Wohlwollensgebot ist m.E. auch auf Demonstrationsteilnehmer zu übertragen, jedenfalls soweit diese mit der Demonstration an der politischen Willensbildung des Volkes mitwirken.[1] Denn der demokratische Staat, der des politischen Engagements möglichst vieler Bürger schon per definitionem bedarf, sollte auch gegenüber Überschreitungen des erlaubten Engagements - bei aller Notwendigkeit des Einschreitens dagegen - eine gewisse Nachsicht an den Tag legen.

5. Das BVerfG ordnet in seiner Entscheidung zum zivilen Ersatzdienst das Wohlwollensgebot den Grundsätzen "der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbotes" zu.[2] Diese Zuordnung der "Freiheitsvermutung" zu den genannten Verfassungsprinzipien erscheint zumindest insoweit gerechtfertigt, als sie als Grenze der gesetzgeberischen Pönalisierungsbefugnis verstanden wird. So vertritt U. KLUG die Ansicht, die Freiheitsvermutung wirke sich dahingehend aus, daß eine Handlung nur aus zwingenden Gründen pönalisiert werden dürfe.[3] Diese Forderung entspricht aber gerade dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit in dem vom BVerfG verwandten umspannenden Sinn des Begriffs.[4]
Inwieweit das Prinzip "in dubio pro libertate" als Verfahrensregel im Verfassungsprozeß gilt, soll im Abschnitt "Beweislastfragen"[5] erörtert werden.

---

1) Vgl. zur politischen Willensbildung BVerfGE 20, 56, 97 (Parteienfinanzierung) und die weiteren oben in Kap. 1, II, 3 genannten Entscheidungen.

2) E 23, 127, 133 unten.

3) U. Klug, Bericht über die Tagung "Bekämpfung der Sittlichkeitsdelikte", Schriftenreihe des Bundeskriminalamtes, 1959, S. 279. Ferner P. Schneider, a.a.O., S. 265.

4) Siehe unten Kap. 6, 3.

5) Siehe unten Kap. 6, 4.

Kapitel 4:

ART. 5 I UND DIE SCHRANKE DER ALLGEMEINEN GESETZE

I. Bedeutung der Schranke des Art. 5 II

Da das Demonstrationsrecht außer auf Art. 8 auch auf Art. 5 I basiert,[1] können die Schranken dieses Grundrechts auch für die Reichweite dieses Rechts Relevanz besitzen.

1. Dabei kommt der Schranke der "allgemeinen Gesetze" in Art. 5 II ein besonderes Gewicht zu. Die S t r a f g e s e t z e werden zumeist zu den allgemeinen Gesetzen i.S. des Art. 5 II gerechnet.[2] Dies geschieht teils in sehr pauschaler,[3] teils in differenzierter[4] Weise. Die Feststellung dürfte auf die meisten Normen des StGB zutreffen; sie ersetzt aber nicht eine genaue Prüfung im Einzelfall, vor allem im Zweifelsfall.[5]

Die Auslegung des Begriffs der allgemeinen Gesetze war schon zur Zeit der Weimarer Verfassung umstritten, aus deren Art. 118 I 1 er ins Grundgesetz übernommen worden ist. Während nach einer Meinung[6] das Adjektiv "allgemein" als

---

1) Vgl. oben Kap. 1 I 4.

2) Vgl. BVerfG 3.2.59, E 9, 162, 166.

3) Wernicke in BK, Art. 5, II 2 c; Merten, MDR 68, 623.

4) Anschütz Art. 118, Anm. 4a; M-D-H Art. 5, Rdnr. 267; Hamann, GG und Strafgesetzgebung, S. 33; Bettermann, JZ 64, 601, 605 mit weiteren Nachweisen in Fußnote 54.

5) Ähnlich BGHSt 19.1.62, E 17, 38, 39: "Daß die Strafgesetze allgemeine Gesetze i.S. Art. 5 II GG sind, erübrigt jedoch nicht die jeweilige Prüfung, ob das einzelne Gesetz mit dem GG in Einklang steht."

6) Pr.OVGE 77, 514 ff.; Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 371, 482,484 und passim; vgl. ferner Anschütz, Anm. 2 zu Art. 118.

Redaktionsversehen überhaupt keine Bedeutung besitzen sollte, nahm die h.L. das Verbot s p e z i a l gesetzlicher Regelungen an. Allerdings wurden darunter i.d.R. nicht Gesetze verstanden, die sich a l l g e m e i n gegen die Meinungsfreiheit richten, sondern nur solche, die sich speziell gegen eine b e s t i m m t e Meinung wenden.[1)]

Eine besondere Stellung nahm die Lehre SMENDs ein, die eine m a t e r i e l l e Begrenzung des Grundrechts der Meinungsfreiheit unternahm. SMEND versteht unter Allgemeinheit die "materiale Allgemeinheit der Aufklärung: die Werte der Gesellschaft, die öffentliche Ordnung und Sicherheit, die konkurrierenden Rechte und Freiheiten der anderen - Sittlichkeit, öffentliche Ordnung, Staatssicherheit -".[2)] An diesen Werten finden nach SMEND die Grundrechte ihre Schranke, deren Ausformung im einzelnen durch Gesetze erfolgt.

Die heutigen Ansichten fußen meist auf den genannten Weimarer Ansichten.[3)] Eine Ausnahme bildet die Lehre BETTERMANNs,[4)] wonach allgemein solche Gesetze sind, "die im Verhältnis zu Abs. I leges generales sind", die also unabhängig davon gelten, ob der Betroffene im konkreten Fall Grundrechtsträger ist oder nicht.

---

1) Häntzschel AöR N.F. 10 (1926), 232 ff.; Rothenbücher VVDStRL 4 (1928), 15 ff. und passim; Anschütz Art. 118, Anm. 3. Irrig insofern M-D-H Art. 5, Rdnr. 242 (Anm. V 2 b cc).

2) Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4 (1928), 44 ff. Abgedruckt ferner in Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen, 1955, 89 ff. Das Zitat steht dort S. 97.

3) Vgl. Helmut Reisnecker, Das Grundrecht der Meinungsfreiheit und die Schranken der allgemeinen Gesetze i.S.d. Art. 5 II GG, jur. Diss. München 1960, S. 126 ff.

4) Bettermann, Die allgemeinen Gesetze als Schranken der Pressefreiheit, JZ 64, 601, 603.

2. Einen besonders erheblichen Einfluß auf die heutige Lehre und Rechtsprechung übt jedoch die Rechtsprechung des BVerfG aus. Das Gericht hat in seinem Lüth-Urteil[1] zwei Theorien aufgegriffen und miteinander verbunden: Allgemeine Gesetze sind solche, die "nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten", und welche ferner dem Schutz eines Gemeinschaftswertes dienen, "der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat".[2]

Das BVerfG bildete also eine Synthese aus den Lehren HÄNTZSCHELs und SMENDs. Das allgemeine Gesetz muß zwei Voraussetzungen erfüllen: Es darf keine Spezialgesetzgebung gegen eine bestimmte Meinung[3] sein, und es muß ferner einem der Meinungsfreiheit vorrangigen Gemeinschaftswert dienen.

Die Frage, welche Rechtsgüter dem Grundrecht der Meinungsfreiheit vorgehen, löst das BVerfG durch eine Güterabwägung im konkreten Fall: "Das Recht zur Meinungsäußerung muß zurücktreten, wenn schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem Rang durch die Betätigung der Meinungsfreiheit verletzt würden."[4]

Die Methode der konkreten Güterabwägung basiert auf der sog. Wechselwirkungslehre:[5] "Es fin-

---

1) BVerfG 15.1.58, E 7, 198.

2) ibid., S. 209 f.

3) Das BVerfG zitiert im Lüth-Urteil (E 7, 198, 209 f.) wörtlich die auf Häntzschel zurückgehende Formulierung von Anschütz (Art. 118, Anm. 3). Anschütz bringt als Beispiel nicht allgemeiner Gesetze solche, die kommunistische, faschistische oder atheistische Meinungen verbieten, ibid.

4) BVerfG 15.1.58, E 7, 198, 210 (Lüth).

5) ibid., S. 209.

det ... eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, daß die allgemeinen Gesetze zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen."

3. Die Wechselwirkungslehre, welche die "schrankenbegrenzende Funktion des Grundrechts"[1] hervorhebt, stieß bei einem großen Teil der Lehre auf heftigste Ablehnung.[2] Die Kritiker befürchten von der "fast mystisch anmutenden Konstruktion"[3] Rechtsunsicherheit durch Kasuistik und Dezisionismus.

Damit ähneln die Einwände, die gegen die Wechselwirkungslehre und gegen die konkrete Güterabwägung vorgebracht werden, teilweise den Bedenken, welche gegen das Institut der verfassungskonformen Auslegung[4] und gegen die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes[5] vorgebracht werden.[6]

---

1) Scholler, Person und Öffentlichkeit, S. 267.

2) Bettermann, JZ 64, 601; Lerche, Übermaß S. 150; M-D-H Art. 5, Rdnr. 252; Schnur VVDStRL H. 22, 121, 128; Merten MDR 68, 621 ("Leerformel"); Hall, JUS 67, 359 ("Schaukeltheorie"); vgl. auch Scholler, Staat 1969, 30; zustimmend: Bayer DÖV 68, 709; Rüfner, Staat 1968, 55 ff.; Janknecht GA 1969, 34; Neuberger GA 1969, 5.

3) Gentz, NJW 68, 1600, 1605.

4) Vgl. Eb. Schmidt, Verfassungskonforme Auslegung des § 116 StGB?, JR 1968, 321.

5) Vgl. Eb. Schmidt, Der Vorführungsbefehl des Ermittlungsrichters - Androhung und Vollzug, JZ 1968, 354, 361.

6) Die Einwände gegen die Wechselwirkungslehre kommen allerdings nicht nur von "konservativen" Juristen. Vgl. Copić, GG und politisches Strafrecht neuer Art, 1967, S. 26: "Die Gefahr der überelastischen Wechselwirkungstheorie besteht darin, unterverfassungsgesetzliche 'Werte' unversehens auf Verfassungsniveau zu katapultieren und als ranggleiche Konkurrenz-'Werte' gegen die Grundrechte abzuwägen."

Diese Lehren haben das Ziel gemeinsam, der Macht des Gesetzgebers zum Schutze der Grundrechte und Freiheiten der Grundrechtsträger Grenzen zu setzen, die aber erst durch die Rechtsprechung Gestalt annehmen. Sie bringen allerdings eine Einbuße an "Rechtssicherheit" mit sich, dienen jedoch der möglichst intensiven Verwirklichung der Grundrechte. Diese Verwirklichung kann nicht nur auf der Stufe der notwendigerweise pauschalisierenden Gesetz g e b u n g, sondern muß auch bei der Rechts a n w e n d u n g erfolgen.[1] Die hiermit einhergehende Aufwertung der Judikative entspricht durchaus der Intention des Grundgesetzgebers, der er durch die Einrichtung und Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit Ausdruck verliehen hat. Die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen der Gerichte wird mit fortschreitender Zeit sinken, da immer mehr nachkonstitutionelle Gesetze die schon vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes erlassenen Gesetze ablösen, das Verwerfungsmonopol des BVerfG an Umfang also ständig zunimmt.[2]

4. Die Lehre von der Wechselwirkung und der konkreten Güterabwägung hat sich vor allem in der Praxis durchgesetzt.[3] Dies erscheint verständlich, da die Gerichte in erster Linie eine gerechte Entscheidung des Einzelfalls im Auge haben, und dogmatische Erwägungen erst in zweiter Linie angestellt werden. Die Auflösung des Begriffs der allgemeinen Ge-

---

1) Damit entspricht die Wechselwirkungslehre der Interpretationslehre, welche die Rechtsordnung nicht als endgültig fixiert betrachtet, sondern als erst in der Anwendung als existent begreift. Vgl. Burmeister, Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, 1966, S. 56.

2) Vgl. Leibholz-Rinck, 1966, Rdnr. 3 zu Art. 100.

3) BVerwG Beschl. v. 28.2.1969, DRiZ 69, 158 (Ostermarsch); BGH, Senat für Anwaltssachen, Urt. v. 16.1.1967, BGHSt 21, 206; OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.8.1969, NJW 70, 64; BGH Urt. v. 23.7.1969, BGHSt 23, 64; BGH Urt. v. 17.12. 1969, NJW 70, 437; ferner die zahlreichen Urteile vor allem unterer Instanzen in den sog. Demonstrationsprozessen, siehe unten Kap. 4 I 6.

setze in Kasuistik wird von ROELLECKE[1] als "vielleicht die ehrlichste Lösung des Problems" bezeichnet, da weder die "materiale Allgemeinheit" SMENDs, noch die "formale Allgemeinheit" HÄNTZSCHELs befriedigende Abgrenzungskriterien lieferten.

Die Wechselwirkungs- und Güterabwägungslehre des BVerfG ermöglicht es dem Richter bei der Gesetzesanwendung dafür zu sorgen, daß das Grundrecht der Meinungsfreiheit nicht zu sehr eingeschränkt, sondern maximal verwirklicht wird. Damit ist sie hinsichtlich ihrer Funktion mit dem Institut der verfassungskonformen Auslegung verwandt, soweit diese als verfassungseffektive Auslegung verstanden wird.[2]

5. Die Wirkung des Art. 5 II ist jedoch nicht auf die Gesetzes a n w e n d u n g beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf die Gesetz g e b u n g. Letztere Funktion, die sich aus der Bindung der Grundrechte auch für den Gesetzgeber ergibt (Art. 1 II), trat durch die Rechtsprechung des BVerfG seit dem Lüth-Urteil[3] etwas in den Hintergrund. Denn im Falle Lüth ging es nicht um die prinzipielle Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes (die Gültigkeit des § 826 BGB, worauf sich die Klage gegen Lüth stützte, war nicht bezweifelt worden), sondern lediglich seine Anwendbarkeit im Einzelfall.

Übereinstimmung besteht darüber, daß dem Gesetzgeber eine Spezialgesetzgebung gegen eine b e s t i m m t e Meinung (Beispiel: Sozialistengesetze) untersagt ist,[4] wobei allerdings umstritten bleibt, ob das Verbot sich aus Art. 5 II oder aus Art. 19 I 1 ergibt.[5]

---

1) Roellecke, Der Begriff des positiven Gesetzes und das GG, 1969, S. 28.

2) Siehe Kap. 9 I 1c; vgl. ferner M-D-H Rdnr. 256 zu Art. 5.

3) BVerfGE 7, 189.

4) Hamann Komm. Art. 5, Anm. 10; vM-Kl, Art. 5, Anm. IX 3 a.

5) Bettermann JZ 64, 601, 603.

Dies bildet jedoch für den Gesetzgeber nicht die einzige Schranke hinsichtlich der Meinungsfreiheit. Art. 5 II verbietet vielmehr auch eine Gesetzgebung, welche die Meinungsfreiheit nicht nur für Vertreter einer bestimmten Richtung einschränkt, sondern a l l g e m e i n, was erheblich gravierender sein kann. Diese Folgerung ergibt sich aus dem Fehlen eines e i n f a c h e n Gesetzesvorbehalts in Art. 5. Sie ergibt sich auch aus dem Postulat, Art. 5 II nicht so auszulegen, daß die Bestimmung lediglich als überflüssige Wiederholung des Art. 19 I 1 erscheint,[1] der bereits das Erfordernis eines generell-abstrakten Gesetzes für Grundrechtseinschränkungen aufstellt.

Die Einschränkung darf sich nicht gegen die Meinungsfreiheit "richten".[2] Dieser Terminus läßt solche Einschränkungen zu, die sich nicht in erster Linie gegen die Meinungsfreiheit wenden, sondern diese nur als N e b e n w i r k u n g treffen. Die Ohrfeige der Beate Klarsfeld etwa ist als Körperverletzung strafbar, obwohl sie zugleich eine Meinungsäußerung darstellt.

I n d i r e k t e Einschränkungen der Meinungsfreiheit läßt Art. 5 II zu, nicht dagegen d i r e k t e. Bei "allgemeinen" Gesetzen liegt das S c h w e r g e w i c h t nicht auf der Kollision gerade mit der Betätigung der Meinungsfreiheit, sondern mit anderen Interessen.[3] Sie bilden kein S o n d e r r e c h t gegen die Meinungsfreiheit.[4] Sie gel-

---

1) M-D-H Art. 5, Rdnr. 246.

2) vM-Kl. Art. 5, Anm. IX 3 a beruft sich für diese Ansicht zu Unrecht auf Weimarer Autoren; denn diese interpretierten den Begriff der "allgemeinen Gesetze" als Verbot der Beschränkung einer b e s t i m m t e n Meinungsrichtung, allerdings in mißverständlichen Wendungen; vgl. Anschütz, Art. 118, Anm. 3.

3) E. Stein, Lehrbuch des Staatsrechts, 1968, S. 135.

4) Solche Sätze wie bei Häntzschel, AöR Bd. 50, 232, wurden häufig im Schrifttum geäußert, doch selten mit der gebotenen Klarheit, ob damit mehr als das Verbot von Individualgesetzen gemeint sei. Erst Bettermann, JZ 64, 601, 603 ff. hat die "Generalität" der allgemeinen Gesetze in diesem Sinne herausgearbeitet.

ten unabhängig davon, ob das tatbestandserfüllende Verhalten zugleich eine Meinungsäußerung darstellt oder nicht.

Für die Prüfung, wo in diesem Zusammenhang das Schwergewicht eines Gesetzes liegt, und ob die Meinungsfreiheit lediglich als Nebenwirkung berührt wird, bildet die Motivation des Gesetzgebers nur ein Indiz; den Ausschlag geben die tatsächlichen Auswirkungen des Gesetzes.

Die Anwendung materieller Kriterien ist notwendig, um K r y p t o - S p e z i a l g e s e t z e[1] zu erkennen: Trotz formaler Generalität ist eine Norm, die in ihren hauptsächlichen Anwendungsfällen das Grundrecht des Art. 5 I tangiert, nicht mehr als allgemeines, der Meinungsfreiheit vorgehendes Gesetz zu betrachten.[2] Hinsichtlich des Tatbestandes des sog. einfachen Landfriedensbruchs (Anwesenheitsbestrafung, § 125 I a.F.) erhebt sich somit die Frage, ob die Generalität der Bestimmung, nämlich die Anwendung auch auf nicht meinungsäußernde Menschenansammlungen, tatsächlich oder nur scheinbar bzw. als unbedeutende Nebenerscheinung besteht.

In Zweifelsfällen gewinnt die vom BVerfG vertretene Güterabwägung Bedeutung, die das einschränkende Gesetz daraufhin untersucht, ob es dem Schutz eines Gemeinschaftswertes dient, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang genießt.[3]

---

1) Vgl. Bettermann, JZ 64, 601, 603.

2) Eine ähnliche materielle Betrachtungsweise vertritt Herzog in M-D-H Art. 5, Rdnr. 259, Fußnote 4, hinsichtlich der Presse, bei der es "so etwas wie eine gefahrgeneigte Arbeit, typische Bedrohungssituationen gibt, die beim einfachen Mann zwar theoretisch auftauchen können, praktisch aber kaum auftauchen."

3) BVerfGE 7, 198, 209 f.

6. Bei grundsätzlicher Bejahung der Wechselwirkungslehre erhebt sich die Frage, ob sie auch für andere Grundrechte als den in Art. 5 Abs. 1 garantierten gilt, insbesondere auch für das Demonstrationsrecht.

Das BVerfG hat die Wechselwirkungslehre bisher nur im Rahmen des Art. 5 Abs. 2 ("allgemeine Gesetze") angewandt. Allerdings hat es in einer das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1) betreffenden Entscheidung[1] unter Anführung des Lüth-Urteils betont, es genüge nicht, daß der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit auf einer gesetzlichen Grundlage beruhe; denn das Gesetz, das den Eingriff erlaube, müsse seinerseits im Lichte der Bedeutung des Grundrechts gesehen werden. Da der zitierte Passus jedoch von Ausführungen zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingerahmt wird, kann wohl nicht auf eine Generalisierung der Wechselwirkungslehre geschlossen werden, sondern es ist anzunehmen, daß das Gericht mit der angeführten Wendung den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ansprechen wollte.

In den sog. Demonstrationsprozessen haben viele Gerichte die Anwendung der Wechselwirkungs- und Güterabwägungslehre des BVerfG ohne weitere Begründung auf das Demonstrationsrecht angewandt.[2] Auch in der Literatur wird die Anwendung der Lehre auf das Demonstrationsrecht häufig bejaht.[3] Sofern damit eine allgemeine Ausdehnung der Wechselwirkungslehre auf alle Grundrechte gemeint ist, kann dem nicht zuge-

---

1) BVerfGE 17, 108, 117.

2) LG Bremen 17.4.1968, NJW 68, 1889;
LG Köln 31.10.1968, JZ 69, 80;
AG Eßlingen 22.10.1968, JZ 68, 800;
AG Bremen 22.4.1968, Krit. Justiz 68, 78;
AG Frankfurt 30.10.1968, ZRP 69, 21;
OLG Frankfurt 22.10.1969, S. 13 (Az 1 Ss 337/69);
OLG Stuttgart 6.8.1969, NJW 69, 1776.

3) Neuberger, GA 1969, 1, 5; Klug, A-Prot. V, 2994; Zeidler, Beilage 10/69 zu "Das Parlament".

stimmt werden. Denn die vom BVerfG entwickelte Lehre beruht auf der Auslegung des Begriffs der "allgemeinen Gesetze" in Art. 5 Abs. 2 und gilt damit - zumindest unmittelbar - nur für das Grundrecht des Art. 5 Abs. 1.

Eine andere Frage ist es, ob bei Inanspruchnahme von mehreren Grundrechten durch dasselbe Verhalten die Wechselwirkungslehre zum Tragen kommt, wenn eines der Grundrechte die Meinungsfreiheit ist.[1] Es wird damit das Problem der Grundrechtskonkurrenzen, und zwar speziell der Schrankenkonkurrenzen aufgeworfen.

II. Das Problem der Schrankenkonkurrenzen

Die Konkurrenz mehrerer Grundrechte ließe sich leicht durch einfache Kumulation lösen, wenn die Grundrechte nicht verschiedenen Schranken unterlägen.

1. "Radikale" Lösungen:

Zur Lösung der "Konkurrenzen schrankendivergenter Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes"[2] gibt es drei "radikale" Ansichten:

a) Das Grundrecht, das die **stärkere Einschränkungsmöglichkeit** enthält, soll

---

1) So bejaht Klug, A-Prot. V, 2994, die Anwendbarkeit der Wechselwirkungslehre auf das Demonstrationsrecht, weil dessen "Kern" vom Grundrecht der Meinungsäußerung gebildet werde. Ähnlich begründet Hamann (GG und Strafgesetzgebung, S. 85) die Anwendung der Wechselwirkungslehre auf Art. 9 Abs. 2 mit dem Argument, Art. 9 Abs. 1 (Vereinigungsfreiheit) enthalte die Garantie "kollektiver Meinungsäußerungen".

2) Titel der Monographie von W. Berg, 1968.

den Vorrang haben. Diese Meinung läßt sich mit systematischen Erwägungen begründen[1] oder mit der mehr praktischen Überlegung, daß die zusätzliche Betätigung eines zweiten Grundrechts die Beschränkungsmöglichkeiten des Staates nicht verringern dürfe. Gegen den Vorrang des stärker einschränkbaren Grundrechts wurde vorgebracht, es führe zu einer unvertretbaren Einbuße der Grundrechtsgeltung, wenn im Konfliktsfall das schwächere Grundrecht vorgehe; dies sei auch ein Verstoß gegen den grundsätzlichen Primat der Freiheit.[2]

Die gleichen Gründe sprechen gegen eine K u m u l a t i o n der Grundrechtsschranken,[3] wie sie anscheinend MERTEN[4] vorschwebt, der dem Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II keine "schrankenverdrängende", sondern eine "schrankenergänzende" Funktion zuschreibt.[5]

b) Die gegenteilige Meinung will stets das uneingeschränktere Grundrecht vorgehen lassen. Sie wird im Ergebnis von verschiedenen Autoren vertreten, ausdrücklich vornehmlich von BERG.[6] Grundlage dieser Lösung bildet die "unbedingte Präponderanz der Freiheit" im Grundgesetz.[7] Allerdings vermeidet BERG die extremen Konsequenzen seiner Ansicht dadurch, daß er die - ihrerseits freiheitsfeindliche - Imma-

---

1) Klein bei M-Kl. Vorbem. XV 2 b.

2) Berg, a.a.O., S. 79 ff.; Erbel, Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie, 1966, S. 126.

3) Wie hier Tiedemann, JZ 69, 717, 723.

4) Merten MDR 68, 623.

5) Nach Merten, a.a.O., tritt der "kollektivgrundrechtliche" Gesetzesvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 neben die bereits bestehenden Schranken der Einzelgrundrechte.

6) Berg S. 82 und Nachweis der Vertreter ähnlicher Ansicht S. 59 ff. Ferner Fr. Müller, Die Positivität der Grundrechte, 1969, S. 52.

7) Berg, S. 59.

nenzlehre[1] aufgreift und "im Tatbestand eines jeden Grundrechts den 2. Halbsatz des Art. 2 I" mitgelesen haben möchte.[2]

Hinsichtlich Demonstrationen würde die Meinung BERGs den Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II derogieren und ihn durch den Vorbehalt der allgemeinen Gesetze des Art. 5 II ersetzen. Diese Lösung entspricht sicherlich nicht der sorgfältig abgestuften Vorbehaltssystematik des Grundgesetzes. Das gleiche gilt für eine Kumulation des Grundrechtsschutzes derart, daß staatliche Eingriffe an den Schrankenschranken b e i d e r Grundrechte ihre Grenze finden.

c) Eine dritte Meinung versucht das Auftreten von Konkurrenzproblemen dadurch zu vermeiden, daß sie durch entsprechende Interpretation der Grundrechte Tatbestandsüberschneidungen leugnet.[3] Die Lösung auf der Tatbestandsseite mag zwar in Einzelfällen befriedigende Ergebnisse zeitigen und ist auch zunächst anzustreben, bevor eine Normkonkurrenz überhaupt in Frage kommt, sie kann aber nicht ohne Verzerrungen zu einem Verneinen jeglicher Grundrechtskonkurrenzen führen. Schon ein Vergleich des Strafrechts, das trotz der besonders intensiven Bemühungen um Tatbestandsabgrenzungen ohne Konkurrenzen nicht auskommt, mit dem Grundrechtsteil des Grundgesetzes, der in wenigen Artikeln fast den gesamten Bereich menschlicher Entfaltung umfaßt, zeigt die Unmöglichkeit, Tatbestandsüberschneidungen durch genaue Abgrenzung zu vermeiden.[4] Gerade das Verhältnis von Art. 5

---

1) Etwa Maunz, Deutsches Staatsrecht, § 14 I 2 und M-Kl. Vorb. B XV 3 a.

2) Berg S. 139 und 132.

3) Wehrhahn, AöR 82 (1957), S. 250, 273 und andere bei Berg S. 51 ff. genannte Autoren, die im Einzelfall eine Kollision durch entsprechende Tatbestandsreduktion lösten. Auch Füßlein in Grundrechte II, 449 hinsichtlich Art. 5 und 8.

4) Berg, S. 73 f.

zu Art. 8 illustriert dies, da, abgesehen von Meinungsäußerungen in einer Versammlung, allein die Teilnahmen an einer Versammlung, besonders einer Demonstration, häufig eine gewisse Meinungsäußerung darstellt.[1)]

2. Differenzierende Lösung:

Eine generelle Lösung für alle Schrankenkollisionen kann m.E. nicht gefunden werden.[2)] Die genannten Theorien bestechen zwar wegen ihrer Einfachheit, münden aber in eine unvertretbare Über- oder Unterbewertung des grundrechtlichen Freiheitsraumes. Es können lediglich einzelne Kriterien herausgearbeitet werden, die im Einzelfall eine Lösung ermöglichen.[3)]

a) Trotz formeller Einschlägigkeit mehrerer Grundrechte vermag eines derselben das andere seinem Gewicht nach zu "verdrängen", so daß der Sachverhalt allein oder vorwiegend nach ihm beurteilt werden muß.[4)]

Ausgangspunkt der Prüfung bildet das systematische Verhältnis der betreffenden Grundrechte zueinander.[5)] Daneben gilt es, Sinn und Schutzrichtung der Grundrechte zu erforschen.[6)]

---

1) Siehe oben Kap. 1 I 4.

2) Ebenso Erbel, S. 127.

3) Bachof in Grundrechte III 1, 155, 170.

4) Vgl. Rüfner, Überschneidungen und gegenseitige Ergänzungen der Grundrechte, Staat 1968, 41, 53.

5) Erbel, S. 127.

Es kommt ferner darauf an, ob das in Rede stehende Verhalten eine "typische Erscheinungsform", eine "Normalform" der Ausübung des Grundrechts darstellt oder nicht.[1] Es erhebt sich die Frage, welches Grundrecht primär und unmittelbar tangiert wird.[2]

b) Ist auf diese Weise der grundsätzliche Vorrang eines der Grundrechte hinsichtlich der Schranken festgelegt, dann kann trotzdem im Einzelfall der starke Schutz des zunächst ausgeschalteten Grundrechts in seinem Kernbereich ein Zurücktreten der Schranken des ersteren im Einzelfall bewirken.[3] Auch der Kommentar von v. MANGOLDT - KLEIN, der grundsätzlich für den Vorrang des stärker einschränkbaren Grundrechts eintritt, hält eine Güterabwägung für erforderlich, um im Einzelfall die Verdrängung eines Grundrechts zu vermeiden, das etwa "zu den elementaren Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Verfassungsgebers gehört".[4]

Das Erfordernis einer durch Güterabwägung bestimmten Ausnahmemöglichkeit versucht RÜFNER dogmatisch wie folgt einzuordnen: "Die wegen gleichzeitiger Inanspruchnahme eines weiteren Grundrechts möglichen Beschränkungen sind unter dem Blickwinkel des zugleich ausgeübten Grundrechts wie allgemeine Gesetze zu behandeln."[5] Damit findet über die

---

1) Erbel S. 128 beurteilt dies danach, ob der Lebenssachverhalt dem Verfassungsgeber als betreffende Grundrechtsausübung vorgeschwebt hätte.

2) Bachof, Grundrechte III 1, 155, 171.

3) Rüfner, Staat 1968, 41, 60 nimmt hierfür zum Vorbild das Zurücktreten eines allgemeinen Gesetzes durch Güterabwägung nach der Rspr des BVerfG (Lüth-Urteil).

4) M-Kl. Vorb. B XV 2 b.

5) Rüfner, Staat 1968, 41, 58. Rüfner geht allerdings von einem relativ engen Begriff des allgemeinen Gesetzes aus: Die allgemeine Rechtsordnung muß bei jeder Grundrechtsausübung beachtet werden, da das Grundrecht prinzipiell keine Privilegien gewährt.

Rechtsprechung des BVerfG die konkrete Güterabwägung Eingang in die Konkurrenzproblematik.

III. Konkurrenz Art. 5 - Art. 8

1. Die Grundrechte der Art. 5 und 8 stehen nicht beziehungslos nebeneinander. Die Versammlungsfreiheit sichert die Möglichkeit, vom Grundrecht der Meinungsfreiheit auch in und durch Versammlungen Gebrauch zu machen. Die Versammlung und vornehmlich die Demonstration bildet ein besonderes wirkungsvolles Mittel der Meinungsäußerung. Mit Versammlungen ist meist, mit Demonstrationen stets eine Meinungsäußerung verbunden. Auch der Bürger, der nur aus Neugier an einer Versammlung teilnimmt, macht von dem Grundrecht des Art. 5 I 1 Gebrauch, nämlich von der Informationsfreiheit.

Es liegt deshalb nahe, in Art. 8 eine l e x s p e c i a l i s zu sehen,[1] die zumindest hinsichtlich der Grundrechtsschranken Art. 5 verdrängt.[2] Art. 8, der die Versammlung als besonders effektives Mittel der Meinungsäußerung einem besonderen Schutz unterstellt, enthält die der Effizienz und Brisanz von Versammlungen unter freiem Himmel adäquate Schranke des Gesetzesvorbehalts.

---

1) Herzog in M-D-H Art. 8, Rdnr. 29. Herzog nimmt "Gesetzeskonkurrenz" allerdings nur für die Fälle an, in denen die Teilnahme an einer Versammlung "naturnotwendig" eine konkludente Meinungsäußerung enthält. Ansonsten liege Idealkonkurrenz vor, wobei sich das vorgehende Grundrecht nach der Motivation des Eingriffs (versammlungspol. Zweck oder Vorgehen gegen bestimmte mißliebige Meinung) bestimme, a.a.O., Rdnr. 32. Füßlein, Grundrechte II, 449 spricht von einer "Art Idealkonkurrenz", ohne allerdings auf die Schrankenproblematik einzugehen.

2) So auch Rüfner, Staat 1968, 41, 53. Maunz, Deutsches Staatsrecht § 14 IV 5 spricht von der Versammlungsfreiheit als kollektiver Erscheinungsform der Meinungsfreiheit.
A.A. Merten MDR 68, 621, 623 (Schrankenkumulation).

Der grundsätzliche Vorrang des Art. 8 hinsichtlich der Grundrechtsschranken wird auch durch Anwendung der Lehre bestätigt, die auf die objektive[1] und subjektive[2] Zielrichtung des Eingriffs abstellt.

Der Tatbestand des sog. einfachen Landfriedensbruchs bzw. Aufruhrs (§§ 115 I, 125 I a.F.) richtet sich in erster Linie gegen die körperliche Anwesenheit in einer Menschenmenge, in der Gewalttätigkeiten begangen werden. Die Strafdrohung besteht unabhängig davon, ob die Menge bzw. der Einzelne vom Grundrecht der Meinungsfreiheit Gebrauch macht oder nicht.[3] Das Gleiche gilt für die Sanktion des Auflaufs (§ 116 a.F.) bzw. der "unerlaubten Ansammlung" (Art. 2 3. StrRG). Diese Vorschriften sollen das Entstehen von Rechtsverletzungen aus dem körperlichen Beisammensein vieler Menschen verhindern.

Wesentliches Merkmal der "Demonstrationstatbestände" ist das kollektive Element, das auch den hauptsächlichen Strafgrund der Normen bildet. Das Gesetz zielt auf kollektives Handeln ab und tangiert[4] damit in erster Linie das kollektives Handeln schützende Versammlungsrecht.

2. Allerdings läßt sich ein Demonstrationsstrafgesetz durchaus auch so fassen, daß es sich primär gegen die Meinungsfreiheit richtet. Ein Bei-

---

1) Siehe oben II 1.

2) Herzog in M-D-H Art. 8, Rdnr. 32 entscheidet nach den Motiven der eingreifenden Staatsorgane.

3) Allerdings ist bei dieser Feststellung Vorsicht am Platze. Denn die Strafnormen der §§ 115, 116, 125 a.F. besitzen eine starke politische Zielsetzung und gewannen gerade in politisch bewegten Zeiten Relevanz, wie in der Zeit nach dem Weltkrieg I und der Jahre 1967 - 1969. Der Gedanke, das der Gesetzgeber nicht durch formal generell geltende Gesetze die Ausübung politischer Rechte behindern darf, findet aber auch dann Berücksichtigung, wenn Art. 8 alleinigen Prüfungsmaßstab bildet.

4) Unabhängig von der weiteren Frage, ob tatsächlich eine Grundrechtsverletzung vorliegt oder nicht.

spiel hierfür bildet die 3. Alternative der neuen Landfriedensbruchbestimmung (§ 125 I 2. HS n.F.), wonach die "Einwirkung" auf eine Menschenmenge, um ihre Bereitschaft zu Gewalttätigkeiten oder Bedrohungen mit solchen zu fördern, unter Strafe gestellt wird.[1)]

Die Strafbestimmung richtet sich nicht gegen die körperliche Anwesenheit in der Menge, sondern bezweckt hauptsächlich eine Bestrafung der sog. "Anheizer", der Leute, die die Stimmung der Menge anheizen, damit es zu Gewalttätigkeiten etc. komme.

Der Tatbestand erfaßt damit vornehmlich (mündliche oder konkludente) Äußerungen. Deshalb ist die Vorschrift in erster Linie an Art. 5 I und II zu messen, im Unterschied zu den übrigen Demonstrationstatbeständen.

Die Schranke der allgemeinen Gesetze des Art. 5 II erlaubt es, Aufforderungen zu strafbaren Handlungen etc. unter Strafe zu stellen, nicht aber, Meinungsäußerungen zu pönalisieren, welche in legaler Weise und zu legalem Zweck getätigt wurden. Die Vorschrift des § 125 I 2. HS n.F. muß deshalb einschränkend so ausgelegt werden, daß sie als gegenüber Art. 5 I allgemeines Gesetz nur eine strafwürdige, die Meinungsfreiheit zum Schaden eines anderen Rechtsgutes mißbrauchende Meinungsäußerung erfaßt.

3. Grundsätzlich sind jedoch für das Demonstrationsrecht, auch für das Demonstrationsstrafrecht, die Schranken des Art. 8 maßgebend.[2)] Dies gilt für den Fall, daß die hauptsächliche Zielrichtung des betreffenden Gesetzes die Menschenansammlung und nicht die Meinungsäußerung bildet.

---

1) Näheres siehe Kap. 14, 3.

2) A.A. teilweise Schwark, Der Begriff der "Allgemeinen Gesetze" in Art. 5 Abs. 2 des GG, 1970, S. 128. Nach Schwark wäre ein polizeiliches Verbot bzw. eine Auflösung einer Versammlung eine in erster Linie meinungsbezogene Maßnahme, da dadurch jede weitere Meinungsäußerung in Form einer Versammlung unterdrückt würde.

Die Prüfung, welches Grundrecht hinsichtlich der Schranken systematisch den Vorrang verdient, verwendet also - zumindest teilweise - die selben Kriterien, die zur Feststellung der "Allgemeinheit" eines Gesetzes i.S. Art. 5 II dienen. Insofern findet die Schranke der "allgemeinen Gesetze" a u c h d a n n Berücksichtigung, wenn das betreffende Gesetz primär ein anderes Grundrecht tangiert und damit an diesem Grundrecht und seiner Schranke zu messen ist. Denn der Vorrang des anderen Grundrechts (hier Art. 8) setzt voraus, daß das Gesetz gegenüber Art. 5 I "allgemein" ist.

4. Bei der Untersuchung, ob das Demonstrationsstrafrecht gegenüber der Meinungsfreiheit ein allgemeines Gesetz bildet, lassen sich im wesentlichen d r e i F a l l g r u p p e n unterscheiden:

a) Bei Demonstrationen kann es zu Körperverletzungen, Sachbeschädigungen, Diebstählen, Hausfriedensbruch etc. kommen. Diese Handlungen können auch als (konkludente) Meinungsäußerungen gedacht sein. Die betreffenden Strafgesetze stellen aber allgemeine Gesetze gegenüber der Meinungsfreiheit dar, weil sie diese nur als Nebenwirkung treffen. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit gibt grundsätzlich kein Privileg zu allgemein strafbaren Handlungen. Die Strafgesetze sind allerdings verfassungskonform auszulegen;[1] im Einzelfall ist dabei die Güterabwägungslehre des BVerfG zu berücksichtigen.

b) Darüber hinaus sahen die §§ 115 I, 125 I a.F. die Bestrafung eines allgemein nicht strafbaren Verhaltens, näm-

---

1) Vgl. beispielsweise hinsichtlich § 123 die restriktive Auslegung Denningers (ZRP 68, 42, 45 f.), wonach das unbefugte Verweilen in allgemein zugänglichen öffentlichen Verwaltungsräumen wie Hörsaal, Treppenhaus, Lesesaal etc. den Tatbestand des Hausfriedensbruchs nicht erfüllt.

lich der b l o ß e n A n w e s e n h e i t, vor, sofern aus der Menschenmenge Gewalttätigkeiten etc. geschehen. Diese Strafdrohung richtet sich unmittelbar gegen die körperliche Anwesenheit in einer Menschenmenge und tangiert damit in erster Linie, soweit die übrigen Voraussetzungen vorliegen, das Versammlungsrecht, wenn sie auch Fälle erfaßt, die mit dem Versammlungsrecht nichts zu tun haben (Rockerbanden).

Dagegen wird die Meinungsfreiheit durch diesen Straftatbestand nur i n d i r e k t betroffen; ihre Ausübung ist nicht "typischerweise" mit der Anwesenheit in der Menge verbunden. Die Strafnorm will gerade das kollektive Handeln[1] erfassen, eine Beeinträchtigung der (individuellen) Meinungsfreiheit stellt nur eine Nebenwirkung dar. Deshalb bildet auch die Anwesenheitsbestrafung gegenüber dem Grundrecht der Meinungsfreiheit ein allgemeines Gesetz.

Es kann andererseits nicht geleugnet werden, daß die Anwesenheitsbestrafung auch die Meinungsfreiheit einschränkt. Dieser Umstand vermag nicht mit dem Hinweis entkräftet zu werden, daß die Demonstranten ihre Meinung auch an anderem Orte, zu anderer Zeit und in anderer Weise ausdrücken könnten. Denn häufig gibt es de facto diese Möglichkeit nicht, weil der einfache Bürger seine Meinung kaum anders wirksam an die Öffentlichkeit bringen kann, als in einer Demonstration, und sich Demonstrationen aus organisatorischen Gründen nicht beliebig oft wiederholen lassen.

Es läßt sich deshalb die Meinung vertreten, daß die Anwesenheitsbestrafung zwar formell gegenüber der Meinungsfreiheit ein allgemeines Gesetz bilde, materiell aber wegen ihres überwiegend politischen Charakters gegen die Meinungs-

---

1) Siehe oben Kap. 4 III 1.

freiheit gerichtet sei. In dieser Konstellation setzt die vom BVerfG hervorgehobene Prüfung ein, ob die Norm dem Schutz eines Gemeinschaftswertes dient, "der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat".[1)]

Der Schutz von Leben, Körperintegrität, Eigentum etc., auch der öffentlichen Sicherheit, besitzt nach der Ordnung des Grundgesetzes eine so hohe Bedeutung, daß er in der Regel der Meinungsfreiheit vorgeht. Die Bestrafung der bloßen Anwesenheit ansonsten passiver Menschen dient jedoch nur in einem sehr unbestimmten und beschränkten Maße dem Schutz der genannten Rechtsgüter, wie eine kritische Prüfung der Theorie der Massenpsychologie[2)] und der Strafwürdigkeit der Anwesenheit[3)] ergibt. Es läßt sich deshalb m.E. die Ansicht vertreten, daß das fragwürdige kriminalpolitische Mittel der Anwesenheitsbestrafung hinter dem Schutz der Meinungsfreiheit allgemein zurücktreten muß.[4)]

Nach der hier vertretenen Lösung geht jedoch Art. 8 aus systematischen Gründen dem Art. 5 als Prüfungsmaßstab des Demonstrationsrechts grundsätzlich vor. Deshalb verstößt die Anwesenheitsbestrafung nicht gegen die Meinungsfreiheit.

c) Die dritte Fallgruppe besteht aus der qualifizierten Bestrafung von Handlungen, die schon als solche strafbar sind: Gewalttätigkei-

---

1) BVerfG 15.1.58, E 7, 198, 209 f.; vgl. oben I.

2) Siehe Kap. 10.

3) Siehe Kap. 11.

4) Vgl. die von Herzog (M-D-H Art. 5, Rdnr. 267) vertretene Ansicht, daß in den Begriff des allgemeinen Gesetzes nicht nur der Zweck des Gesetzes, sondern auch das Erforderlichkeitsprinzip eingehen muß.

ten, die in einer Menschenmenge begangen werden, unterliegen der gesteigerten Strafdrohung des sog. schweren oder qualifizierten Landfriedensbruches. Diese Regelung, die in § 125 II a.F. enthalten war, blieb in § 125 a n.F. im wesentlichen bestehen.

Im Unterschied zu den zweifelsfrei "allgemeinen" Gesetzen etwa der §§ 223, 242 oder 303 gilt der Tatbestand des qualifizierten Landfriedensbruches speziell für in der Masse und damit auch in Demonstrationen begangene Straftaten. Diese Regelung bezweckt nicht die Gleichbehandlung von Straftaten, unabhängig von der Situation, in der sie begangen werden; sie enthält vielmehr ein Sonderrecht gegen in einer Menschenmenge begangene Straftaten. Obwohl ihre Anwendung nicht auf Demonstrationen beschränkt ist, bilden Demonstrationstaten zumindest in jüngerer Zeit den überwiegenden Gegenstand der einschlägigen Gerichtsverfahren.

Damit erhebt sich die Frage, ob der Tatbestand des qualifizierten Landfriedensbruchs ein unzulässiges, gegen die Meinungsfreiheit gerichtetes, Sonderrecht darstellt.

Ebenso wie beim übrigen Demonstrationsstrafrecht bildet aber auch hier in erster Linie Art. 8 den Prüfungsmaßstab. Aber auch die abstrakte Güterabwägung ergibt hier den Vorrang der öffentlichen Sicherheit, der die qualifizierte Strafdrohung gegen Straftaten in der Menge u n m i t t e l b a r dient. Denn die Strafdrohung richtet sich gegen die tatsächlichen Verletzer der öffentlichen Sicherheit, nicht nur gegen potentielle oder hypothetische Straftäter.

IV. Ergebnis

Für das Demonstrationsstrafrecht gelten grundsätzlich Art. 8 und seine Schranken, nicht Art. 5 als Maßstab. Das

Zurücktreten des Art. 5 hinter Art. 8 setzt jedoch die Feststellung voraus, daß die betreffende Norm ein gegenüber Art. 5 allgemeines Gesetz bildet. Dies ist hinsichtlich des Landfriedensbruchstatbestandes in der alten und der neuen Form der Fall. Eine Ausnahme bildet § 125 I 2.HS n.F., der an Art. 5 I und II zu messen ist; in verfassungskonformer (restriktiver) Auslegung entspricht die Norm dem Art. 5 II.

Mit der Feststellung, daß sich die Schranken des Demonstrationsrechts grundsätzlich nach Art. 8 und nicht nach Art. 5 beurteilen, ist auch die Frage entschieden, daß die Wechselwirkungslehre des BVerfG auf Demonstrationen und das sog. Demonstrationsstrafrecht grundsätzlich keine Anwendung findet.

Kapitel 5:

DIE SCHRANKENSCHRANKE DER WESENSGEHALTSGARANTIE

I. Die Theorien

Beschränkungen eines Grundrechts im Rahmen eines Gesetzesvorbehalts finden ihrerseits eine Grenze in der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II. Diese sog. Schrankenschranke gilt entgegen v. MANGOLDT - KLEIN[1] auch für vorkonstitutionelle Gesetze, da sie im Unterschied zum Zitiergebot des Art. 19 I 2 kein formelles, sondern ein materielles Erfordernis aufstellt.

Die Bestimmung dieser Schrankenschranke entscheidet in eminenter Weise über die Weite des gesetzgeberischen Spielraumes im Grundrechtsbereich. Im Gegensatz zur Weimarer Verfassung stellt das Grundgesetz die Grundrechte, obwohl es auf Gesetzesvorbehalte nicht verzichtet, in jedem Fall nur bis zur Grenze des Wesensgehaltes zur Disposition des Gesetzgebers.[2]

Es gibt im wesentlichen drei Meinungen über den Begriff des Wesensgehaltes: eine absolute Meinung, eine relative und eine, die in Art. 19 II lediglich einen deklaratorischen Hinweis auf die Schrankenschranken sieht, die der betreffenden Grundrechtsnorm selbst entnommen werden muß.

---

1) M-Kl. Art. 19, Anm. V, 8 beruft sich zu Unrecht auf BGHSt 4, 376 (Impfgesetz-Gutachten). Der BGH untersuchte das vorkonstitutionelle Impfgesetz unter dem Gesichtspunkt der Wesensgehaltsgarantie.

2) Löwenstein, S. 341, nennt Art. 19 II einen "anerkennenswerten Versuch zur Quadratur des Zirkels".

1. Relative Theorie

Den großen Anstoß für die Wesensgehaltsdiskussion gab der BGH[1] mit seiner relativen oder proportionalen Interpretation des Art. 19 II: "Ein Grundrecht wird durch einen gesetzlichen Eingriff dann in seinem Wesensgehalt angetastet, wenn durch den Eingriff die wesensgemäße Geltung und Entfaltung des Grundrechts stärker eingeschränkt würde, als dies der sachliche Anlaß und Grund, der zu dem Eingriff geführt hat, unbedingt und zwingend gebietet. Der Eingriff darf also nur bei zwingender Notwendigkeit und dem nach Lage der Sache geringstmöglichen Umfang vorgenommen werden und muß zugleich von dem Bestreben geleitet sein, dem Grundrechte gleichwohl grundsätzlich und im weitestmöglichen Umfang Raum zu lassen."

Die Formulierung des BGH läuft auf eine Lokalisierung des Prinzips der V e r h ä l t n i s m ä ß i g k e i t in Art. 19 II hinaus. Danach besteht die Funktion (oder zumindest eine Funktion) der Wesensgehaltsgarantie darin, unverhältnismäßige Eingriffe in ein Grundrecht abzuwehren. Diese Ansicht, die u.a. eine Aktivierung der Wesensgehaltsgarantie bezweckt, besitzt eine nicht unerhebliche Anhängerschaft,[2] wird aber ebenso häufig abgelehnt.[3]

Die relative Wesensgehaltsinterpretation des BGH ist z u g l e i c h sehr eng und sehr weit. Einerseits ermöglicht sie einen Grundrechtsschutz auch gegenüber solchen Eingrif-

---

1) BGH 1.ZS, Gutachten v. 25.1.1952 (Impfzwang) in BGHSt 4, 375, 377 und Gutachten v. 28.4.1952 (Handwerksordnung), BGHSt 4, 385, 392 ff.

2) Dürig, AöR 81 (1956), 146· Lerche S. 247· Hesse, Grundzüge, S. 132 f.; Maunz § 15, I, 2; zurückhaltend Häberle, S. 80.

3) Krüger DÖV 55, 598; M-Kl. Art. 19, Anm. V 4d; Jäckel S. 76 ff.; Wittig, DÖV 68, 817 ff.

fen, die zwar die Substanz, den Kernbereich des Grundrechts nicht antasten, aber doch als unverhältnismäßig und von einer grundrechtsfeindlichen Tendenz getragen verfassungswidrig erscheinen. Andererseits gewährt sie keinen Schutz vor einem Eingriff in den absoluten Wesenskern eines Grundrechts, wenn er "bei zwingender Notwendigkeit und in dem nach Lage der Sache geringstmöglichen Umfang vorgenommen" wird.[1)]

Dieses Bedenken besaßt für das BVerfG solches Gewicht, daß es die BGH-Meinung mit der Begründung ablehnte, sie sei geeignet, "den Wesensgehalt der Grundrechte zu relativieren".[2)] Dem Bedenken des BVerfG läßt sich indessen durch eine K o m b i n a t i o n der relativen Theorie mit absoluten Elementen begegnen: Der BGH hat sich denn auch nirgends darauf festgelegt, daß sich die Wesensgehaltsgarantie in dem Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit erschöpfe.

Auf der anderen Seite fehlt der BGH-Lehre ein Korrektiv dafür, daß nicht jeder, auch der leichteste Grundrechtseingriff, als Verletzung des Wesensgehalts erscheint, sofern er durch den sachlichen Anlaß und Grund nicht zwingend geboten ist. Deshalb kann die Definition des BGH zu einer übermäßigen Einengung der gesetzgeberischen Bewegungsfreiheit führen.[3)]

---

1) BGHSt 4, 375, 377. Jäckel, S. 77: "Der Wesensgehalt eines Grundrechts, der durch einen leichten, aber unverhältnismäßigen, Eingriff verletzt wird, während ihn der schwere, aber verhältnismäßige Eingriff unangetastet läßt, wird zu einem wesenlosen Phantom."

2) BVerfG 11.6.1958, E 7, 377, 411 (Apotheker-Urteil).

3) Diese Kritik auch bei Jäckel S. 20 und bei Denninger, DÖV 1960, 812.

2. Absolute Theorie

Nach der Rechtsprechung des BVerwG beurteilt sich die Frage, ob ein Grundrecht in seinem Wesen angetastet wird, "nicht nach dem Zweck und Grund der Beschränkung, sondern ausschließlich danach, was nach der Beschränkung von dem Grundrecht überhaupt übrigbleibt".[1] Diese Differenztheorie dient dem BVerwG zur Bestimmung eines absoluten Wesensgehalts, der nicht je nach Zweck des Eingriffs variiert.

Das BVerwG lehnte die Definition des BGH ausdrücklich ab, weil sie ihm ersichtlich einen zu breiten Anwendungsbereich der Wesensgehaltsgarantie schuf. Allerdings schoß das Gericht über dieses Ziel hinaus, indem es bei zwingender Notwendigkeit sogar ein Antasten des Wesensgehaltes für zulässig erachtete.[2]

Vornehmlich an dieser eindeutig gegen den Wortlaut des Art. 19 II verstoßenden Ansicht entzündete sich die Kritik an der Rechtsprechung des BVerwG.[3] Aber das BVerwG hat die absolute Wesensgehaltslehre weiterhin durch die Annahme von den Grundrechten immanenten Schranken verwässert: "Allerdings gehört es zum Inbegriff der Grundrechte ..., daß ein Grundrecht nicht in Anspruch genommen werden darf, wenn dadurch die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden; denn jedes Grundrecht setzt den Bestand der staatlichen Gemeinschaft voraus, durch die es gewährleistet wird."[4]

---

1) BVerwG 14.12.1954, E 1, 269, 273 (Gaststätten).

2) BVerwG, Stellungnahme des I. Senats v. 18.8.1955, NJW 55, 1773 (Handwerksrecht) und BVerwG 3.11.1955, E 2, 295, 300 (Einzelhandel); ferner BVerwG 10.5.1955, E 2, 85, 87 (Rechtsberater) und 22.11.1956, E 4, 167, 171 (Apotheker).

3) BVerfG 11.6.1958, E 7, 377, 411.

4) BVerwG 3.11.1955, E 2, 295, 300 (Einzelhandel).

Abgesehen von der besonderen Ausformung, die die absolute Theorie in der Rechtsprechung des BVerwG gefunden hat, charakterisiert es die absolute Wesensgehaltslehre, daß sie nur grobe Eingriffe in ein Grundrecht abzuwehren vermag.[1)]

3. Deklaratorischer Charakter des Art. 19 II

Eine dritte Meinung, welche von HÄBERLE ausführlich begründet wurde,[2)] schreibt Art. 19 II lediglich deklaratorischen Charakter zu. Auch schon der Kommentar von v. MANGOLDT-KLEIN hält die Bestimmung des Art. 19 II für "rechtstheoretisch überflüssig, weil sie eine Selbstverständlichkeit normiert".[3)] Denn aus der Gewährleistung von Grundrechten ergebe sich zwingend, daß deren Wesensgehalt auch dann verfassungsrechtlich garantiert sei, wenn die betreffenden Grundrechtsbestimmungen (nur) einschränkbar seien.

Nach HÄBERLE[2)] spricht Art. 19 II nur aus, "was sich aus einer sachgerechten Auslegung der des betreffenden Grundrechts ergibt, etwa Beachtung der materiellen Begrenzung der Gesetzgebung im Grundrechtsbereich von der Funktion des Gesetzgebers her (leitbildgerechte Ausgestaltung, durch Güterabwägung legitimierte Begrenzung)".

---

1) Allerdings vergrößerte das BVerwG wiederum den Anwendungsbereich des Art. 19 II durch eine individuelle Betrachtungsweise: Art. 19 II soll schon verletzt sein, wenn nur ein e i n z i g e r Grundrechtsträger im Kernbereich seines Grundrechts betroffen ist. BVerwG 22.11. 1956, E 4, 167, 170 (Apotheken).

2) Häberle S. 234; ihm folgte v. Hippel S. 63.

3) M-Kl. Art. 19, Anm. 7a.

II. Rechtsprechung des BVerfG

1. In der Rechtsprechung des BVerfG spielt die Bestimmung des Art. 19 II eine bemerkenswert geringe Rolle. Das Gericht hat Art. 19 II in relativ wenigen Entscheidungen herangezogen und dann zumeist nur beiläufig und pauschal bemerkt, daß ein Verstoß gegen die Wesensgehaltsgarantie nicht vorliege.[1)]

Insbesondere hat das BVerfG die Frage bisher nicht entschieden, ob Art. 19 II die restlose Entziehung eines Grundrechts im Einzelfall verbietet, oder ob er nur verhindert, daß der Wesenskern des Grundrechts in seiner Bedeutung für die Allgemeinheit angetastet wird.[2)] Allerdings nennt das Gericht in einer Entscheidung[3)] als Abgrenzungskriterium "die Bedeutung ... , die das Grundrecht nach der getroffenen Einschränkung noch für das soziale Leben im ganzen besitzt", was auf eine Neigung zur institutionellen Theorie hindeutet.

---

1) BVerfG 2, 266, 269 (NotaufnahmeG)
" 3, 58, 150 (Art. 131 GG)
" 4, 157, 170 (Saarstatut)
" 5, 13, 15 (Blutgruppenuntersuchung)
" 6, 32, 41 (Elfes-Urteil, Ausreisefreiheit)
" 7, 377, 408 (Apotheken)
" 8, 274, 329 (Preisgesetz)
" 9, 39, 45 (Milchgesetz)
" 10, 221, 225 (Kleingärten)
" 12, 281, 295 (DevisenbewirtschaftungsG)
" 13, 97, 122 (Befähigungsnachweis im Handwerk)
" 14, 263, 281 (UmwandlungsG)
" 15, 126, 144 (Reichsverbindlichkeiten)
" 21, 92, 93 (GrundstücksverkehrsG § 9 I Nr. 1).

2) Leibholz-Rinck, Anm. 4 zu Art. 19. Die institutionelle Auffassung vertritt vM-Kl, Anm. V 2 c zu Art. 19, vornehmlich aus teleologischen Gründen. Denn zahlreiche, nach allgemeiner Meinung vom Grundgesetz zugelassene Einschränkungen der Grundrechte (z.B. Freiheitsstrafe, Enteignung eines bestimmten Grundstücks, Versagung einer Berufszulassung) würden, individuell betrachtet, den Wesensgehalt der entsprechenden Grundrechte des Betroffenen antasten. Für die individuelle Betrachtungsweise tritt das BVerwG im Urteil v. 22.11.1956 (E 4, 167, 170) ein, allerdings ohne Begründung. Diese Theorie hat zumindest den Gesetzeswortlaut "in keinem Falle" für sich.

3) BVerfG 7.5.1953, E 2, 266, 285 (NotaufnahmeG).

Auch hat sich das BVerfG nicht ausdrücklich in dem Theorienstreit zwischen absoluter und relativer Theorie für die eine oder andere Lehre bekannt. Allerdings legt die scharfe Kritik des BVerfG[1] an der relativen Theorie des BGH nahe, daß das BVerfG unter Wesensgehalt einen absoluten Kernbereich versteht. Insgesamt gesehen, ergibt sich aus der Zusammenstellung der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 19 II,[2] daß diese Bestimmung in der Rechtsprechung des BVerfG neuerdings eine zunehmend geringere Rolle spielt.

Bezeichnend für die Spruchpraxis des BVerfG ist das Apotheker-Urteil:[3] "Inhalt und Umfang der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers nach Art. 12 I 2 GG lassen sich schon durch eine Auslegung, die dem Sinn des Grundrechts und seiner Bedeutung im sozialen Leben Rechnung trägt, weitgehend sachgemäß bestimmen; es bedarf dann nicht des Rückgriffs auf die Schranke des Wesensgehalts (Art. 19 II GG)."[4]

Mit dieser Ansicht hat das BVerfG klargestellt, daß es die Grenze der gesetzgeberischen Grundrechtsbegrenzung aus dem betreffenden Grundrecht selbst herauslesen, somit erst das "V o r f e l d d e r W e s e n s g e h a l t s s c h r a n k e"[5] ausschreiten will.[6]

---

1) BVerfG 11.6.58, E 7, 377, 411 (Apotheken).

2) Siehe vorige Seite.

3) BVerfG 11.6.58, E 7, 377.

4) Nach v. Hippel S. 56 folgt das BVerfG mit der Frage nach Sinn und Bedeutung des Grundrechts d e r S a c h e n a c h der von ihm abgelehnten relativen Theorie des BGH. Dies trifft jedenfalls insoweit zu, als d e r S a c h e n a c h die verschiedenen Meinungen zu wenig unterschiedlichen Ergebnissen führen, sondern mehr von dogmatischem Interesse sind.

5) Jäckel S. 42.

6) Im Gegensatz zu BGHSt 4, 385, 392 (Gutachten zur HandwerksO) und BVerwG 4, 167, 170 (Apotheken), wonach objektive Zulassungsbeschränkungen u.U. den Wesensgehalt des Art. 12 I verletzen.

2. Die Entscheidung zum Bundessozialhilfegesetz[1] bildet einen der wenigen Fälle, in denen das BVerfG bisher eine Verletzung des Art. 19 II feststellte. Die Vorschriften der § 73 II und III a.F. BSHG gestatteten die zwangsweise Anstaltsunterbringung eines Erwachsenen, und zwar auch dann, wenn dies weder zum Schutz der Allgemeinheit noch zum Schutz des Betroffenen, sondern zu dessen Besserung erforderlich war.

Das BVerfG entschied, daß letzterer Grund für eine zwangsweise Anstaltsunterbringung nicht ausreiche, weshalb die Vorschrift insoweit den Wesensgehalt des Art. 2 II 2 verletze.[2] An dem Beispiel der verschiedenen Gründe, die die Einweisung teils rechtfertigen, teils aber auch nicht, zeigt sich die Abhängigkeit der Wesensgehaltsbestimmung von dem mit dem Eingriff verfolgten Zweck - ein Gedanke, den gerade die vom BVerfG verworfene relative Theorie des BGH in den Vordergrund stellt.

Die Gefahr eines offensichtlichen Rückgriffs auf die relative Theorie vermied das BVerfG in der genannten Entscheidung dadurch, daß es den Besserungszweck für eine Freiheitsentziehung nicht nur für unzureichend ansah, sondern generell konstatierte, der Staat habe überhaupt nicht die Aufgabe, seine Bürger zu bessern.[2] Mit dieser (wohl überspitzten) Prämisse entging das Gericht der Notwendigkeit, für die Feststellung der Wesensgehaltsverletzung auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zurückgreifen zu müssen. Denn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wurzelt nach Meinung des BVerfG im Rechtsstaatsprinzip der Art. 20 und 28.[3]

Allerdings qualifizierte das BVerfG den selben Sachverhalt (§ 73 II und III a.F. BSHG) außer als Verstoß gegen den

---

1) Urt. v. 18.7.1967, E 22, 180, 218 ff.

2) a.a.O., S. 219 f.

3) a.a.O., S. 220.

Wesensgehalt des Art. 2 II 2 auch als Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.[1] Gemessen an der eigenen Begründung ist diese Feststellung jedoch inkonsequent: denn das Gericht stellte gerade nicht auf die Unverhältnismäßigkeit des Mittels der Anstaltsunterbringung zum Zwecke der Besserung ab, sondern verneinte schon generell die Existenz eines rechtfertigenden Zwecks.[2]

III. Eigene Meinung

Die Bedeutung des skizzierten Theorienstreits wird leicht überschätzt, vor allem, was seine Auswirkungen in der Praxis betrifft.[3]

Letztlich beinhalten alle Theorien lediglich f o r m a l e Kriterien der Wesensgehaltsbestimmung.[4] Für die Entscheidung des konkreten Falles bedarf es aber einer genauen Prüfung des m a t e r i e l l e n Gehalts der einzelnen Grundrechte und ihrer Interdependenz.

1. Unter diesem Aspekt erweist sich das Vorgehen des BVerfG als besonders praktikabel, die - häufig im Rahmen des Art. 19 II behandelten - Probleme schon im Vorfeld der Wesensgehaltsgarantie durch Untersuchung des Gehalts der einzelnen Grundrechte zu lösen.[5] Denn die Wesensgehaltsgarantie be-

---

1) a.a.O., S. 220.

2) Unverhältnismäßig (auch im weiteren Sinn des BVerfG) ist nur die anschließend erörterte Möglichkeit des Gesetzes, die Unterbringung eine unbestimmte Zeit lang andauern zu lassen.

3) Ebenso Denninger DÖV 1960, 812 ff.

4) Denninger DÖV 1960, 812, 814; auch schon Zippelius, DVBl 1956, 353, 354.

5) Zustimmend zum Vorgehen des BVerfG: Fr. Müller, Normbereiche, S. 30 ff.

sitzt kein Abwehrmonopol gegenüber einer ansonsten unbeschränkten Macht des Gesetzgebers; sie stellt nur e i n e Grenze neben anderen dar.[1)]

Ferner spricht für die Rechtsprechung des BVerfG die Befürchtung, eine zu häufige Anwendung des Art. 19 II werde die eigenständige Bestandskraft der Grundrechte aushöhlen.[2)]

Vom Ausgangspunkt der institutionellen Theorie ergibt sich folgerichtig, daß Grundrechtseingriffe im Einzelfall nicht von dem Schutzwall der Wesensgehaltsgarantie, sondern gegebenenfalls vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgewehrt werden können. Die institutionelle Theorie ist m.E. zu bevorzugen, weil sich die - zwar "grundrechtsfreundlichere" - individuelle Auffassung hart an der Realität weitreichender zugelassener Grundrechtseingriffe stößt, die im Einzelfall eine Grundrechtsaufhebung bedeuten.[3)]

2. Nach diesem engeren Wesensgehaltsbegriff verletzt die Strafbarkeit der bloßen Anwesenheit bei gewalttätigen Versammlungen den Wesensgehalt des Art. 8 nicht.[4)] Denn diese Pönalisierung betrifft sich selbst friedlich verhaltende Bürger, deren Versammlungsfreiheit sich nur da eine Einschränkung gefallen lassen muß, wo andere Versammlungsteilnehmer

---

1) Jäckel S. 67.

2) Jäckel S. 66 kritisiert, die fast magische Anziehung, die Art. 19 II auszuüben scheine, lasse die Grundrechte selbst über Gebühr in den Hintergrund treten.

3) Vgl. die Beispiele bei vM-Kl, Anm. V 2 c zu Art. 19 und oben Kap. 5 II 1.

4) Bei Zugrundelegung der relativen Theorie muß allerdings eine Verletzung des Wesensgehaltes des Art. 8 und des Art. 2 II 2 (bei Freiheitsstrafe) durch die Pönalisierung der bloßen Anwesenheit bei gewaltsamen Versammlungen festgestellt werden, entsprechend dem Ergebnis dieser Arbeit, wonach diese Anwesenheitsbestrafung einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit darstellt. Vgl. Kap. 11 III 3.

unfriedlich sind. Es handelt sich also um ein Verhalten, das in einer Art Randzone des Grundrechtsschutzes liegt bzw. nur einem modifizierten Grundrechtsschutz untersteht.[1] Unfriedliche Versammlungen machen außerdem nur einen kleinen Teil aller Versammlungen aus.

In den Kernbereich der Art. 5 I und 8 wird nicht eingegriffen, weil generell für die Mehrzahl der Bürger die Möglichkeit bleibt, ihre Meinung in einer anderen, friedlichen Demonstration zum Ausdruck zu bringen.

Das gleiche gilt für eine Verletzung des Wesensgehaltes des Freiheitsrechts des Art. 2 II 2 durch Freiheitsstrafe: Der Zweck der Anwesenheitsbestrafung, der Schutz der Allgemeinheit, ist nicht von vornherein für einen solchen Eingriff unzureichend, wie es das BVerfG hinsichtlich des Besserungszwecks bei der Anstaltsunterbringung angenommen hat.[2] Ob die Anwesenheitsbestrafung den Erfordernissen der Geeignetheit, Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit genügt, ist eine andere Frage.[3]

Die Verneinung eines Wesensgehaltsverstoßes gilt indessen nur insoweit, als keine objektive Strafbarkeitsbedingung im Tatbestand die Überschaubarkeit der Strafbarkeit verhindert.[4] Dieser zusätzliche Fallstrick für den selbst friedlichen Versammlungsteilnehmer bringt für jede Versammlungsteilnahme ein solch hohes, unkalkulierbares Risiko, daß eine so ausgestaltete Bestrafung den Wesensgehalt des Art. 8 verletzt.[5]

---

1) Vgl. Kap. 2 (Friedlichkeit).

2) BVerfG 18.7.67, E 22, 180, 218 ff. (Sozialhilfe).

3) Vgl. Kap. 11 III.

4) In § 125 I a.F. wurde das Begehen von Gewalttätigkeiten überwiegend als obj. Strafbarkeitsbedingung ausgelegt. Vgl. Kap. 8, 6.

5) Zur objektiven Strafbarkeitsbedingung siehe ferner Kap. 7 II 1 b.

Kapitel 6:

DIE SCHRANKENSCHRANKE DER VERHÄLTNISMÄSSIGKEIT

1. Rechtsprechung des BVerfG

Im Gegensatz zu seiner sehr zurückhaltenden Rechtsprechung zu Art. 19 II GG spricht das BVerfG dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine ziemlich bedeutende Rolle zu. Gerade in jüngster Zeit stieg die Zahl der Entscheidungen, in denen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angesprochen wird, stark an.[1] In einer Reihe von wichtigen Entscheidungen[2] hat das Gericht einen Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip festgestellt.

2. Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Die Geltung des Grundsatzes ist heute überwiegend aner-

---

1) BVerfGE 23, 50, 56 (Nachtbackverbot)
" 23, 127, 134 (ziv. Ersatzdienst)
" 24, 119, 145 (§ 1747 III BGB)
" 25, 1, 12 (Mühlengesetz)
" 25, 44, 54 (§§ 42, 47 a.F. BVerfGG)
" 25, 112, 120 (Deichbebauung)
" 25, 236, 247 (Zahnheilkunde)
" 25, 269, 292 (Verjährungsfristen)
" 27, 211, 219 (§ 81a StPO)

2) BVerfGE 7, 377, 410 (Apotheken)
" 16, 194, 201f. (Liquorentnahme)
" 17, 108, 117 (Körp. Integrität)
" 19, 342, 348f. (U-Haft)
" 20, 45, 49 f. (U-Haft)
" 20, 150, 155 (SammlungsG)
" 20, 162, 207 (Durchsuchung von Presseräumen)
" 22, 114, 123 (Kaul-Entscheidung)
" 22, 180, 220 (Zwangsweise Anstaltsunterbringung)
" 24, 104 (§ 45 KO)

kannt.[1] Meinungsverschiedenheiten bestehen noch über den Standort des Grundsatzes, die jedoch nur geringen Einfluß auf den Inhalt des Satzes ausüben. Neben Art. 19 II[2] wird der Gleichheitssatz des Art. 3 I[3] zur Basis genommen. Das BVerfG leitet das Prinzip aus dem Rechtsstaatsgedanken des Art. 20 ab.[4]

Daneben ergibt sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach Meinung des BVerfG[5] "im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur soweit beschränkt werden dürfen, als dies zum Schutz der öffentlichen Interessen unerläßlich ist."

3. Inhalt des Grundsatzes

Der Grundsatz der V e r h ä l t n i s m ä ß i g k e i t i. e. S. besagt, daß bei einem hoheitlichen Eingriff in Rechte des einzelnen das Verhältnis von Mittel und Zweck

---

1) Vgl. die umfangreichen Nachweise bei Gentz, Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 69, 1600 und Wittig, Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, DÖV 68, 817. A.A. vornehmlich Eb. Schmidt, der zusammen mit der verfassungskonformen Auslegung die "Gewaltherrschaft" des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beklagt: NJW 69, 1137, 1141. Nach Ansicht Schmidts entsteht durch die Anwendung des V-Grundsatzes "subjektiver, gefühlsmäßiger, völlig unkontrollierbarer, irrationaler Dezisionismus", a.a.O., S. 1142.

2) Vor allem BGHSt 4, 375, 376 ff.: siehe Kapitel 5 (Wesensgehalt).

3) Wittig, DÖV 68, 817, 822: "Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz greift ... bei einer besonderen und typischen Ungleichheit ein, bei einer Ungleichheit der Zweck-Mittel-Relation."

4) BVerfGE 19, 342, 348 f.; 25, 44, 54; 25, 269, 292.

5) BVerfG 15.12.65, E 19, 342, 348 (U-Haft).

als angemessen erscheinen muß.[1] Der Grundsatz der E r f o r d e r l i c h k e i t läßt einen Eingriff nur zu, wenn derselbe Zweck nicht durch ein milderes Mittel erreicht werden kann. Nach dem Grundsatz der G e e i g n e t h e i t ist ein Eingriff unzulässig, sofern er dem angestrebten Ziel nicht dient.

Im Unterschied zu dieser Terminologie gebraucht das BVerfG den Ausdruck "Verhältnismäßigkeit" im Sinne eines Oberbegriffs, der alle drei Grundsätze umfaßt: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit "verlangt, daß die Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet und erforderlich ist, und daß der mit ihr verbundene Eingriff nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und zur Stärke des bestehenden Tatverdachts steht."[2]

Jeder Eingriff in den grundrechtlich geschützten Bereich steht unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit i.w.S.[3] Diesem Gebot kommt eine besondere Bedeutung zu bei Eingriffen in die persönliche Freiheit des Bürgers.[4] Denn die persönliche Freiheit, welche gerade von einer Pönalisierung bedroht ist, besitzt die "besondere Bedeutung, die gerade diesem Grundrecht als Basis der allgemeinen Rechtsstellung und Entfaltungsmöglichkeit des Bürgers zukommt, und die das Grundgesetz dadurch anerkennt, daß es in Art. 2 II die Freiheit der Person als unverletzlich bezeichnet."[5]

---

1) Vgl. Lerche S. 19; v. Krauss S. 15 ff.

2) BVerfG 14.11.1969, E 27, 211, 219 (Anordnung körperlicher Eingriffe nach § 81a StPO) mit Hinweis auf BVerfGE 16, 194, 202; 17, 108, 117.

3) BVerfG 18.12.1968, E 24, 367, 404 (Enteignung von Deichgrundstücken).

4) BVerfG 26.2.1969, E 25, 269, 292 (Verjährungsfristen).

5) BVerfG 15.12.1965, E 19, 342, 349 (Untersuchungshaft).

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stellt nicht nur ein Prinzip der Anwendung der Gesetze dar, sondern gilt auch für den Gesetzgeber selbst.[1] Er beschränkt den Gesetzgeber bei der Legislation auch im Rahmen von Gesetzesvorbehalten.[2]

4. Beweislastfragen

Die Effektivität des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hängt entscheidend von der Verteilung der "Beweislast" im Verfassungsprozeß ab.[3] Eine Beweislast im engeren Sinne kennt das verfassungsgerichtliche Verfahren zwar nicht, da es nach der Offizialmaxime durchgeführt wird.[4] Dennoch besteht auch im Verfassungsprozeß das Problem, ob (bloße) Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit einer belastenden Norm zu Gunsten oder zu Lasten des betroffenen Bürgers ausschlagen.[5]

Nach Meinung von GENTZ[6] gehen Zweifel an der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit eines legislatorischen Aktes in der Regel zu Lasten des Bürgers, da der Gesetzgeber andernfalls seiner Experimentierfreiheit weitgehend beraubt würde. Zu Gunsten des Bürgers sollen nur Zweifel über die (absolute) Verfassungslegitimität des verfolgten Zwecks und des angewandten Mittels wirken.

---

1) Vgl. Gentz, NJW 68, 1600, 1605.

2) K. Hesse, Grundzüge, S. 126.

3) Vgl. Gentz, NJW 68, 1600, 1606.

4) BVerfGE 1, 299, 316; vgl. ferner Leibholz-Rupprecht, BVerfGG, Köln 1968, § 26.

5) Für den ebenfalls vom Untersuchungsgrundsatz (§ 86 Abs. 1 VwGO) beherrschten Verwaltungsprozeß vgl. BVerwGE 3, 245 f.: "Die Gefahr, zu unterliegen, wenn und weil eine bestimmte rechtserhebliche Tatsache nicht zur richterlichen Gewißheit festgestellt werden kann, besteht auch im Verwaltungsprozeß."

6) NJW 68, 1600, 1607.

Das BVerfG neigt dazu, Beweisschwierigkeiten z u L a s t e n d e s B ü r g e r s gehen zu lassen. Die Nichtigkeit eines Gesetzes kann nur ausgesprochen werden, wenn die Geeignetheit,[1] Erforderlichkeit[2] und Verhältnismäßigkeit i.e.S. des Eingriffs "ausgeschlossen" werden kann. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit i.e.S. (Proportionalität) verwendet das BVerfG die Kriterien "eindeutig unangemessen",[3] "schlechthin unangemessen",[4] "nicht außer Verhältnis".[5]

Diese Beweislastregel scheint der Vermutung zu entsprechen, die ein Gesetz nach h.M. für seine Verfassungsmäßigkeit trägt.[6] MAUNZ-DÜRIG[7] sprechen deswegen davon, es sei eine "verfassungsrechtliche Fehlentwicklung, wenn im Verfassungsstreit permanent ... die ganze Argumentationslast jenen überbürdet wird, die das Gesetz anwenden wollen". Allerdings beinhaltet diese Vermutung für die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes m.E. nur die Bestandskraft eines Gesetzes bis zu seiner Nichtigerklärung durch das BVerfG[8] sowie die Forderung, ein Gesetz bei möglicher verfassungskonformer Auslegung zu "retten".[9] Eine Art Beweislastregel enthält sie nicht.[10]

---

1) BVerfG 22.5.1963, E 16, 147, 181 und 183 (Werkfernverkehr).

2) BVerfG, a.a.O. (Fußn. 1), S. 172 f.

3) E 2, 266, 280.

4) E 6, 369, 439.

5) E 7, 377, 407.

6) BVerfGE 2, 266, 282; M-D-H Rdnr. 63 zu Art. 20.

7) a.a.O. (vorige Fußnote).

8) M-D-H Rdnr. 64 zu Art. 20.

9) Vgl. BVerfGE 2, 266, 282.

10) Ebenso Hamann, NJW 1959, 1465, 1467 (Fußnote 29) und 1468 oben rechte Spalte: ähnlich P. Schneider, In dubio pro libertate, S. 286 f.

5. Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers

Die Frage der "Beweislast" im Verfassungsstreit hängt eng mit dem Problem der sog. "Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers", mit dem sog. gesetzgeberischen Ermessen zusammen. Das BVerfG hat diese Freiheit des Gesetzgebers in sehr vielen Entscheidungen betont.[1] In der überwiegenden Zahl dieser Fälle ist Prüfungsmaßstab der Gleichheitssatz, der in der Auslegung des BVerfG als Willkürverbot[2] ohnehin dem Gesetzgeber einen sehr weiten Ermessensspielraum zubilligt. Ein weiter Spielraum besteht für den Gesetzgeber auch im Rahmen der darreichenden Verwaltung.[3] Diese Rechtsprechung kann aber wegen ihrer besonderen Voraussetzungen nicht ohne weiteres herangezogen werden, wenn ein Eingriff des Gesetzgebers in Grundrechte zur Debatte steht.[4] Soweit hier von einer Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers gesprochen wird, muß dieser Begriff an Hand der betreffenden Grundrechte und ihrer Schranken ausgefüllt werden.[5]

Hinsichtlich des Strafrechts gesteht das BVerfG dem Gesetzgeber einen Ermessensspielraum bei der Abgrenzung des Kernbereichs des Strafrechts von dem Bereich der bloßen Ord-

---

1) z.B. in jüngerer Zeit: E 28, 324, 349; 28, 227, 242; 27, 58, 66; 27, 18, 30; 25, 1, 12; 25, 269, 293; 22, 349, 367; 21, 73, 78; 21, 209, 219; 21, 150, 157.

2) Vgl. Leibholz-Rinck, Rdnr. 9 f. zu Art. 3; BVerfGE 27, 111, 127 f.

3) Vgl. BVerfGE 28, 324, 349. Ferner besteht wegen der "wirtschaftspolitischen Neutralität" des GG auch für die wirtschaftspolitische Gesetzgebung eine beträchtliche Gestaltungsfreiheit. Vgl. Badura, BVerfG und Wirtschaftsverfassung, AöR Bd. 92 (1967), S. 382 ff.

4) P. Schneider, In dubio pro libertate, S. 286; gegenteiliger Meinung: M-D-H Rdnr. 117 zu Art. 20.

5) Hamann-Lenz, Grundgesetz, 3. Aufl. 1970, Einführung 7 a 3 (S. 94).

nungswidrigkeiten zu.[1] Es führt aus, es könne die Entscheidung des Gesetzgebers nicht darauf überprüfen, ob er dabei im einzelnen die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden habe. Es habe lediglich darüber zu wachen, daß die Entscheidung des Gesetzgebers materiell im Einklang mit der verfassungsrechtlichen Wertordnung stehe und auch den ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des GG entspreche. Diese Entscheidung betrifft jedoch nur die Frage, inwieweit der Gesetzgeber ein Verhalten von einer strafrechtlichen Sanktion freistellen und lediglich als Ordnungswidrigkeit qualifizieren darf.[2]

Für die andere Frage, welche qualitative und quantitative Grenzen einem gesetzgeberischen Pönalisierungsbestreben gesetzt sind, gibt die Entscheidung des BVerfG zur Strafbarkeit der Homosexualität[3] einen Hinweis. Danach ist der Gesetzgeber zu besonderer Zurückhaltung verpflichtet, wenn der Eingriff durch ein Strafgesetz erfolgt, also durch die schärfste Sanktion, über die die staatliche Gemeinschaft verfügt. Bei Eingriffen durch Strafgesetze besteht somit keine echte gesetzgeberische Ermessensfreiheit. Denn von einer solchen kann nur gesprochen werden, wo nicht Gerechtigkeitsprinzipien, sondern lediglich Zweckmäßigkeitsfragen zur Debatte stehen.[4]

Der gebotenen Zurückhaltung des Gesetzgebers bei Eingriffen durch ein Strafgesetz muß m.E. auch eine prozessuale "Beweislastregel" entsprechen: Ein Strafgesetz ist nicht verfassungsmäßig, wenn die überwiegenden Gründe[5] gegen seine Geeignetheit, Erforderlichkeit und Pro-

---

1) E 27, 18, 29 f.

2) Die Entscheidung erging zu Art. 92 (Richtermonopol).

3) E 6, 389, 433.

4) Hamann, Die Ermessensfreiheit der Gesetzgebung, NJW 55,969.

5) Das BVerfG hat in der genannten Entscheidung (E 6, 389,433) die zunächst hervorgehobene Zurückhaltung des Gesetzgebers im Strafrechtssektor indessen nicht durch eine adäquate Beweislastverteilung untermauert. Siehe unten Kap. 7 I 3.

portionalität sprechen. Zu hohe Anforderungen an die "geschöpfte Überzeugung" (§ 30 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG) des Gerichts ließen die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Gesetzgebung in erheblichem Maße leerlaufen. Dagegen geht es m.E. zu weit, bei Eingriffen in die Freiheitssphäre generell[1] und besonders bei Eingriffen durch Strafgesetze[2] dem Staat bzw. dem Gesetzgeber die "Beweislast", d.h. das Prozeßrisiko für die Unerweislichkeit der tatsächlichen Voraussetzungen des Eingriffs aufzubürden.

---

1) P. Schneider, In dubio pro libertate, S. 288.

2) Für die Beweislast des Gesetzgebers bei der Beibehaltung der sog. Anwesenheitsbestrafung (§§ 115 I, 125 I a.F.) tritt Frosch, ZRP 70, 54, 56 ein.

Kapitel 7:

VERFASSUNGSRECHTLICHE ANFORDERUNGEN AN DAS STRAFRECHT

I. Schrifttum und Rechtsprechung des BVerfG

Auf dem Gebiet des Strafrechts haben die Normen des Grundgesetzes bisher keine besonders augenfälligen Auswirkungen gezeigt.[1] Der Gesetzgeber selbst hat zwar in Angleichung an das Grundgesetz einige verfassungswidrige Strafbestimmungen aufgehoben oder geändert.[2]

1. Aber im S c h r i f t t u m wurde das Verhältnis des Strafrechts zur Verfassung kaum behandelt.[3] Das zweibändige Standardwerk MAURACHs "Deutsches Strafrecht" beispielsweise geht auf das Verhältnis Strafrecht - Verfassung nicht ein, obwohl das Kapitel "Die Stellung des Strafrechts innerhalb der Rechtsordnung"[4] hierfür einen geeigneten Ort bildete. MAURACH bezeichnet das Postulat, "bei der Auswahl der staatlichen Machtmittel sollte das Strafrecht ... an letzter Stelle stehen und nur auf den Plan treten, wenn dies zur Wahrung des öffentlichen Friedens unerläßlich ist", als "ethische Forderung an den Gesetzgeber".[5] Er begreift die Begrenzung des Strafrechts als bloße rechts p o l i t i s c h e Frage, die nur de lege ferenda zum Tragen

---

1) Vgl. Walter Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960, S. 1 ff. Stree befaßt sich fast ausschließlich mit dem formellen Strafrecht.

2) durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4.8.1953, BGBl. I, 735.

3) Vgl. die Klage Hamanns in: GG und Strafgesetzgebung, S. 5.

4) Maurach AT § 2.

5) Maurach AT § 2 III A.

kommt. Ein Hinweis auf bindende Normen der Verfassung (des Grundgesetzes) fehlt.

Mit dem Einfluß, den das Grundgesetz auf das Strafrecht de lege ferenda und de lege lata ausübt, beschäftigen sich eingehend nur zwei Autoren, SAX[1] und HAMANN.[2]

2. Die E n t s c h e i d u n g e n d e s B V e r f G betrafen nur in verhältnismäßig wenigen Fällen das Strafrecht,[3] wobei es häufig nur um die f o r m e l l e Vereinbarkeit der Strafgesetze mit dem Grundgesetz ging. Von den Entscheidungen, die die m a t e r i e l l e Verfassungsmäßigkeit von Strafnormen überprüften, halten zwölf die jeweils angefochtenen Strafnormen für verfassungsgemäß.[4]

In einer Entscheidung[5] gelangte das Gericht zur Aufrechterhaltung des Strafgesetzes durch verfassungskonforme Auslegung, d.h. unter Ausschaltung anderer, nach den herkömmlichen Auslegungsregeln möglicher Interpretationen aus verfassungsrechtlichen Gründen.

---

1) Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, Grundrechte III/2, 1959, S. 909 ff.

2) A. Hamann, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, 1963.

3) Vgl. Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, 1968, S. 344 ff.

4) BVerfG 30.11.55, E 4, 352 (§ 187a StGB)
" 10. 5.57, E 6, 389 (§§ 175 ff. StGB)
" 3. 2.59, E 9, 162 (§§ 80, 81 StGB)
" 29. 5.63, E 16, 191 (§ 142 StGB)
" 30.10.63, E 17, 155 (§ 129 StGB)
" 5. 8.66, E 20, 162 (§§ 99, 100, 138, 139 StGB)
" 13. 3.67, E 21, 239 (§§ 99, 100c StGB)
" 14. 1.69, E 25, 44 (§§ 42, 47 BVerfGG)
" 26. 2.69, E 25, 269 (Verjährungsvorschriften)
" 16. 7.69, E 27, 18 (§ 24 StVG n.F.; Umwandlung von Strafnormen i.e.S. in Ordnungswidrigkeiten)
" 15. 4.70, E 28, 175 (§ 100e StGB a.F.; "Porst")
" 28. 4.70, MDR 1970, 823 (§ 353b StGB).

5) BVerfG 24.1.63, E 17, 155 zu § 129 StGB.

In drei Entscheidungen verwarf das BVerfG die Auslegung von Strafgesetzen durch andere Gerichte. So hob es einen Beschluß nach § 870 ZPO (Geldstrafe) auf, da das Instanzgericht § 870 ZPO nicht verfassungskonform dahingehend ausgelegt hatte, daß die dort vorgesehene Strafe nur bei Verschulden der Schuldner verhängt werden darf.[1] Zwei weitere Entscheidungen[2] stellen die mangelnde Berücksichtigung des Grundrechts der Meinungsfreiheit bei der Auslegung von Strafgesetzen durch das Strafgericht fest.

Nur in einem Fall erklärte das BVerfG ein Strafgesetz aus materiellen Erwägungen für nichtig.[3] Es handelte sich um § 90 I und III a.F. StGB. Die dort festgelegte Strafbarkeit im Zusammenhang mit verfassungswidrigen politischen Parteien widersprach nach Ansicht des Gerichts dem Parteienprivileg des Art. 21.

3. Die Richtung der Rechtsprechung des BVerfG zeigt sich besonders deutlich in dem U r t e i l vom 10.5.1957,[4] das u.a. die Verfassungsmäßigkeit der Bestrafung des Geschlechtsverkehrs zwischen erwachsenen Männern behandelt.

Aus den "allgemeinen Prinzipien des GG", insbesondere dem Rechtsstaatsprinzip, leitet das Gericht für das Strafrecht das Postulat ab, daß "die angedrohte Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zu dem Verschulden des Täters stehen muß; sie darf nach Art und Maß der unter Strafe gestellten Handlung nicht schlechthin unangemessen oder gar grausam sein."[5] Ferner ist der Gesetzgeber nach Auffassung des BVerfG zu besonderer Zurückhaltung verpflichtet, "wenn es sich um einen Eingriff durch ein

---

1) BVerfG 25.10.66, E 20, 323 (§ 890 ZPO).

2) BVerfG 24.1.61, E 12, 113 (Schmid-Beschluß) zu §§ 185, 193 StGB; 6.11.68, E 24, 278 (Gema) zu § 193 StGB.

3) BVerfG 21.3.61, E 12, 296.

4) E 6, 389.

5) ibid. S. 439.

Strafgesetz handelt, also um die schärfste Sanktion, über die die staatliche Gemeinschaft verfügt".[1)]

Diese strengen Postulate an den Gesetzgeber hat das BVerfG jedoch im konkreten Fall nicht konsequent genug durchgeführt. In dem genannten Urteil zu § 175 a.F. stellt das Gericht zwar fest, es sprächen die meisten Gesichtspunkte gegen die Strafbarkeit der einfachen Homosexualität. Dennoch bejaht es die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift, weil nicht festgestellt werden könne, "daß j e d e s öffentliche Interesse an einer Aufrechterhaltung der Strafbestimmung fehle, der Gesetzgeber also die ihm gezogenen Grenzen überschritten habe".[2)]

Damit kehrt das Gericht die B e w e i s l a s t für einen Eingriff in die Grundrechtssphäre dahingehend um, daß nicht der Gesetzgeber ein öffentliches Interesse am Eingriff darlegen muß, sondern daß die Unzulässigkeit des Eingriffs erst beim eindeutigen Fehlen jeden öffentlichen Interesses festgestellt werden kann: eine P r o b a t i o d i a b o l i c a zu Ungunsten des Bürgers.[3)]

Ferner fällt in der genannten Entscheidung auf, daß das BVerfG zwar das kriminalpolitische Interesse des Gesetzgebers ausführlich würdigt, auf die Bedeutung des Freiheitsgrundrechts auch auf sexuellem Gebiet aber nicht näher eingeht. Wie beim Gleichheitssatz[4)] läuft die Rechtsprechung des BVerfG auch hier Gefahr, den Grundrechtsschutz des Bürgers auf das W i l l k ü r v e r b o t zu reduzieren.

---

1) ibid. S. 443.

2) ibid. S. 437 (Hervorhebung durch den Verfasser).

3) Siehe auch Kap. 6, 4.

4) Vgl. H. Scholler, Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, Berlin 1969.

Diese Tendenz beruht z.T. auf der bereits kritisierten[1] Neigung des BVerfG, hergebrachte Grundrechtseingriffe i.d.R. hinzunehmen.

Dieselbe Zurückhaltung zeigte das BVerfG in der Rauschgift-Entscheidung vom 17.12.1969.[2] Das Gericht verneinte einen Verstoß des Haschischverbotes gegen den Gleichheitssatz, "solange nicht eindeutig feststeht, daß die damit verbundenen gesundheitlichen und sozialen Gefahren nicht größer sind, als die des Mißbrauchs von Alkohol."[3]

II. Die anzuwendenden Kriterien

Die Bestrafung eines Menschen kann einen starken Eingriff in grundrechtlich geschützte Güter wie Freiheit der Person, Meinungsfreiheit, Schutz der Ehe und Familie, der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, des Brief- und Postgeheimnisses, der Freizügigkeit, der Berufsfreiheit und des Eigentums darstellen. Besonders die Freiheitsstrafe beschränkt, wenn auch je nach Liberalität des Strafvollzugs verschieden stark, fast alle Grundrechte des Betroffenen.

Die Menschenwürde wird nach herrschender Ansicht durch die Bestrafung jedoch nicht verletzt. Dies ist nur bei solchen

---

1) So H. Harnischfeger, Die Rechtsprechung des BVerfG zu den Grundrechten, Hamburg 1966, S. 319.

2) Beschluß nach § 93a Abs. III BVerfGG, 1 BvR 639/69; vgl. auch die Kritik von Messmer, Haschischverbot und Gleichbehandlung, ZRP 70, 80.

3) Angesichts der zurückhaltenden Rechtsprechung des BVerfG zum Gleichheitssatz (vgl. Seite 70 oben) scheint es allerdings unklug gewesen zu sein, die Verfassungsbeschwerde gerade und ausschließlich auf den Gleichheitssatz zu stützen.

Strafen der Fall, die zu wenig oder überhaupt nicht am Verschulden orientiert sind und etwa einseitig das Prinzip der Generalprävention hervorkehren.[1] Der Schuldige wird dagegen durch seine Bestrafung gerade als verantwortliche Persönlichkeit, die für ihr Verhalten einstehen kann und muß, geachtet.

Es liegt deshalb nach dem oben Gesagten auf der Hand, daß der Gesetzgeber in einer freiheitlichen Verfassung keine grenzenlose Pönalisierungsbefugnis besitzt. In unserer Verfassung ergeben sich besondere Pönalisierungsschranken aus den Grundrechten: die in ihnen enthaltenen Freiheitsgarantien bedeuten an die Adresse des Gesetzgebers gerichtete (Art. 1 III) Pönalisierungsverbote.[2] Abgesehen von der Schrankenproblematik der Grundrechte, welche von der dem betreffenden Strafgesetz zugrundeliegenden Verbotsnorm tangiert werden, ergibt sich aus dem Schutz der Grundrechte, die durch die Verhängung der Strafe eingeschränkt werden, die Folgerung, daß jedes Strafgesetz einer besonderen Rechtfertigung bedarf.

SAX[3] und ihm folgend HAMANN[4] verwenden in diesem Zusammenhang den Begriff der "S t r a f w ü r d i g k e i t". Er umfaßt das Erfordernis des "S t r a f e - V e r d i e n e n s" und das des "S t r a f e - B e d ü r f e n s".[5]

Das erstere Kriterium stellt im wesentlichen auf den U n r e c h t s g e h a l t des betreffenden Verhaltens ab,

---

1) Vgl. Badura, Generalprävention und Würde des Menschen, JZ 64, 337, 343 und Zippelius in BK, Rdnr. 13 zu Art. 1 mit weiteren Nachweisen.

2) Hamann, GG und Strafgesetzgebung, 1963, S. 33.

3) Sax, GR III/2, S. 909 ff.

4) a.a.O. (Fußn. 2), S. 26.

5) Sax S. 925; Hamann S. 27.

während letzteres die S t r a f s a n k t i o n etwa unter dem Gesichtspunkt des mildesten Mittels untersucht.[1)]

Von dieser Einteilung geht auch diese Arbeit aus; es soll jedoch versucht werden, den Katalog der verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Strafrecht zu erweitern[2)] und in der Terminologie an bekannte Begriffe des Staatsrechts anzugleichen.

1. Strafe-Verdienen

Nach SAX[3)] bedeutet das "Strafe-Verdienen", daß der Unwertgehalt eines gemeinschaftstörenden Verhaltens hinreichend massiv ist, um zu dem erheblichen Maß an Unwert, das dem Handelnden durch die Bestrafung bescheinigt wird, in eine erträgliche Proportion zu treten. Zur Bestimmung dieses Unwertgehaltes stellt SAX auf das verletzte Schutzgut ab und vor allem darauf, ob die "Wertverletzung ... allgemein erkennbar und anerkannt ist".[4)] Das Schutzgut muß einen dem "sittlichen Pathos" der Strafe proportionalen sittlichen Bezug haben.[5)]

a) M.E. muß die Beurteilung des Unwerts einer Tat in erster Linie auf den Rang des betreffenden Rechtsgutes und auf die Art der Beeinträchtigung abstellen. Dabei ist die Funktion des Strafrechts als Rechtsgüterschutz zu berücksichtigen.[6)]

---

1) Sax S. 925; Hamann S. 27.

2) Allerdings unter dem Blickwinkel der Demonstrationstatbestände, vornehmlich der Anwesenheitsbestrafung.

3) Sax S. 927.

4) Sax S. 928; Hamann S. 29 gibt hier die Existenz einer beträchtlichen "Unsicherheitszone" zu.

5) Sax S. 924.

6) Diese Funktion besteht jenseits des Meinungsstreits über die Straftheorien (Sühne, Generalprävention, Spezialprävention); vgl. Maurach AT §§ 5 und 6; Baumann AT § 3.

Wie der Staat selbst, besitzt das Strafrecht die Aufgabe, ein ungefährdetes Zusammenleben der Bürger zu gewährleisten, die Sicherheit der Bürger zu garantieren.[1] Die Rechtsgüter, die es vornehmlich zu schützen gilt, ergeben sich aus dem Grundgesetz, besonders aus den Rechten des Grundrechtskatalogs. Denn die Grundrechte statuieren als objektive Normen ein Wertsystem, das als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts, auch für die Gesetzgebung, Geltung beansprucht.[2]

Leben, Körperintegrität, die verschiedenen Freiheitsrechte, Eigentum und die öffentliche Sicherheit sind solche Rechtsgüter, deren Verletzung der Staat mit Strafe bedrohen kann, ja bis zu einem gewissen Grade sogar muß.[3]

Andererseits folgt aus dem freiheitlich-personalen Menschenbild, das dem Grundgesetz zugrundeliegt, daß es nicht Aufgabe des Staates ist, alles zu pönalisieren, was sittlich und moralisch mißbilligenswert und lästig ist. Das Strafrecht darf nur zum Schutz gesellschaftskonstituierender Rechtsgüter[4] eingesetzt werden. Insofern besteht eine Pönalisierungsschranke hinsichtlich des Straf z w e c k s.

b) Die Strafe muß nicht nur der Bedeutung und Art der Verletzung des geschützten Rechtsgutes proportional sein, sie muß auch dem U n r e c h t s g e h a l t d e r T a t als typisierte Schuld entsprechen. Dieses Postulat ist eng verknüpft mit dem Grundsatz "n u l l a p o e n a s i n e c u l p a", der sich auf die subjektive Seite der Tat bezieht.

---

1) Baumann AT S. 8; Roxin JUS 1966, 377, 381.

2) Vgl. BVerfGE 21, 372 unter Hinweis auf BVerfGE 5, 204 ff.; 6, 40 f., 72; 7, 204 f.; 10, 81.

3) Vgl. die Ansicht Häberles, S. 26, daß das Strafrecht zum Wesensgehalt der Grundrechte gehöre.

4) Roxin, JUS 1966, 377, 382 und ZStW 1969, 613, 622.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG besitzt die Formel "nulla poena sine culpa" den Rang eines Verfassungssatzes.[1] Das Gericht leitet den Satz aus dem Rechtsstaatsbegriff ab: Die strafrechtliche Ahndung einer Tat ohne Schuld des Täters ist rechtsstaatswidrig und verletzt den Betroffenen in seinem Grundrecht aus Art. 2 I.[1]

Teilweise wird das Schuldprinzip auch aus dem Schutz der Menschenwürde in Art. 1 I gefolgert.[2] Dabei ist es unerheblich, ob man in Art. 1 I ein subjektives öffentliches Recht gewährt sieht[3] oder nicht.[4] Denn nach beiden Ansichten ist Art. 1 I ein objektiv bindender Verfassungssatz.[5]

Die Menschenwürde verbietet eine Bestrafung über die individuelle Schuld hinaus, etwa nur aus generalpräventiven Gründen.[6] Die Schutzwirkung dieses Begriffs liegt gerade darin, daß der einzelne für die Rechtsordnung insofern das Maß der Dinge bleibt, als er nur für das einzustehen hat, was sich als durch diese Person verschuldet begreifen läßt.[7] Die Menschenwürde verbietet es, den Menschen zum bloßen Mittel von Gemeinschaftszwecken zu machen.[8]

---

1) BVerfG 25.10.66, E 20, 323, 331 (§ 890 ZPO); vgl. schon BVerfG 10.5.57, E 6, 389, 439 und BayVerfGH 28.7.1950, in VerwRspr 3, 146, 150. Siehe ferner Roxin, ZStW 1969, 613, 639 und Stree S. 8.

2) Roxin JUS 1966, 377, 384; Hamann, GG und Strafgesetzgebung, S. 17.

3) Hamann Komm. Art. 1, Anm. B; Nipperdey, GR II, 11 f.

4) M-Kl. Anm. II 1 und III 1 zu Art. 1; Maunz, § 14 II 3; Dürig AöR 81, 117, 119.

5) Schlosser JZ 1958, 526, 527.

6) Ähnlich Busse, NJW 58, 1417, 1418.

7) Roxin JUS 1966, 377, 385.

8) Nipperdey in Grundrechte II, S. 2 und 10; Schlosser JZ 58, 526, 528; Hamann, GG und Strafgesetzgebung, S. 17.

Die Anwendung des Schuldprinzips zur Begrenzung der staatlichen Strafgewalt geschieht unabhängig von den fundamentalen Meinungsgegensätzen über den Zweck der Strafe.[1] Denn die Funktion der Schuld als G r e n z e der staatlichen Strafgewalt wird auch von der Richtung anerkannt, die ansonsten die Schuld als B e g r ü n d u n g der Strafgewalt ablehnt.[2]

Unter dem Gesichtspunkt des Schuldprinzips bedürfen besonders die sog. o b j e k t i v e n B e d i n g u n g e n d e r S t r a f b a r k e i t einer Überprüfung. Denn der von ihnen erfaßte Sachverhalt wird nicht zum Tatbestand gerechnet, so daß eine Bestrafung ihre Kenntnis seitens des Täters oder ein Kennen-Müssen (Fahrlässigkeit) nicht voraussetzt. Die Vereinbarkeit der objektiven Strafbarkeitsbedingungen mit dem Schuldgrundsatz ist deshalb umstritten.[3] Mit der h.L. ist diese Frage nur insoweit zu bejahen, als der Unrechtsgehalt der Tat unabhängig von der Strafbarkeitsbedingung allein von den Merkmalen des Tatbestands gebildet wird.[4] Ein Merkmal, welches notwendig zur Schilderung der unrechten Tat gehört, darf nicht zur objektiven Strafbarkeitsbedingung gemacht und damit dem Schulderfordernis entzogen werden. Objektive Strafbarkeitsbedingungen sind somit nur zulässig, soweit sie eine Funktion des Strafbedürfnisses, nicht aber der Strafwürdigkeit bilden.

---

1) Vgl. Maurach AT §§ 6 und 7.

2) Roxin JUS 1966, 377, 384 und ZStW 1969, 613, 639.

3) Bedenken aus dem Schuldgrundsatz hegen G. Bemmann, Zur Frage der obj. Bedingungen der Strafbarkeit, 1957, S.55 und Bockelmann, Referat in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission Bd. V (1958), S. 85 f.

4) Sch-Schr. Vorb. 101 vor § 51; Mezger-Blei § 35 IX; Welzel § 10 V d; Stree JUS 1965, 465, 466; Schmidhäuser, Obj. Strafbarkeitsbedingungen, ZStW 71 (1959), S. 545, 562; Stratenwerth, Obj. Strafbarkeitsbedingungen, ZStW 71, (1959), S. 565, 572; kritisch zur h.L.: Baumann, AT § 31, 1.

Das Gebot "nulla poena sine culpa" wirkt sich für den Gesetzgeber auch dahingehend aus, daß er dem Richter einen genügend weiten Strafrahmen setzen muß. Der Strafrahmen soll so flexibel gestaltet sein, daß auch der Straftäter mit besonders geringer Schuld eine schuldangemessene Strafe erhalten kann.

Die Verhängung einer schuldangemessenen Strafe kann erschwert sein, wenn das Gesetz eine Mindeststrafe vorschreibt, die unter keinen Umständen unterschritten werden darf.

Das Problem der v e r f a s s u n g s w i d r i g e n M i n d e s t s t r a f e tauchte bisher schon des öfteren auf. Beispielsweise wurde anläßlich einiger Sprengstoffanschläge auf die Berliner Mauer die Verfassungsmäßigkeit von § 6 SprengstoffG bezweifelt.[1] Auch die Vorschrift des § 244 StGB (Rückfalldiebstahl, Mindestfreiheitsstrafe 1 Jahr) begegnete verbreiteten Bedenken.[2] Sehr umstritten war ferner § 401 AO a.F., welche Vorschrift das z w i n g e n d e Gebot der Einziehung abgabepflichtiger Waren enthielt.[3]

---

1) Raiser, Verfassungswidrige Mindeststrafen?, JZ 63, 663 ff., vertritt Nichtigkeit dieser Norm, welche die Mindeststrafe von fünf Jahren Zuchthaus vorsah.

2) Vgl. den Vorlagebeschluß des AG Frankfurt/Main vom 22.4.1968, der jedoch wegen des vorkonstitutionellen Charakters der inkriminierten Norm beim BVerfG zu keiner Sachentscheidung führte (Beschluß vom 11.6.1968, E 24, 20). Siehe ferner G. Furtner, Die gesetzlichen Mindeststrafen und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, NJW 68, 2228.

3) Vgl. Busse, § 401 RAO ist mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht vereinbar, NJW 58, 1417, 1418. Der BGH vermied die Feststellung der Nichtigkeit dieser vorkonstitutionellen Norm dadurch, daß er Fälle groben Mißverhältnisses zwischen Straftat und Strafdrohung durch restriktive Interpretation aus dem Tatbestand ausklammerte: BGHSt 16, 282 ff.

Gegenstand des Meinungsstreits war bis zur Abschaffung des § 161 StGB[1] auch die Frage, ob die Gerichte bei Verurteilungen wegen Meineids selbst in sehr leichten Fällen gemäß der zwingenden Vorschrift des § 161 Abs. 1 StGB stets auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und auf die dauernde Unfähigkeit des Verurteilten erkennen müssen, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden. Mehrere Gerichte sahen beim Vorliegen mildernder Umstände trotz des eindeutigen Wortlauts der Bestimmung vom Ausspruch der genannten Nebenstrafen ab. Dies geschah teils auf Grund Art. 3 MenschRKonv (Verstoß gegen die Menschlichkeit)[2] wegen Unverhältnismäßigkeit von Schuld und Strafe, teils in direkter Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.[3] Auch der 4. Strafsenat des BGH hielt in einem - später allerdings zurückgezogenen - Vorlagebeschluß § 161 Abs. 1 StGB insoweit für verfassungswidrig, als er auch bei minder schweren Fällen den Ausspruch der dauernden Eidesunfähigkeit zwingend vorsah.[4]

Dagegen beharrte der überwiegende Teil der Rechtsprechung auf dem zwingenden Charakter des § 161 Abs. 1 StGB auch bei besonders leichten Fällen, ohne allerdings die grundsätzliche Möglichkeit zu verneinen, daß die Vorschrift wegen Verstoßes gegen Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG oder Art. 3 MenschRKonv teilweise nichtig sein könnte.[5]

---

1) Durch das 1. StrRG vom 25.6.1969, BGBl. I, 645.

2) AG Wiesbaden, Urt. v. 25.1.1963, NJW 63, 965 mit zust. Anm. von Guradze; OLG Köln, Urt. v. 11.6.1963, NJW 63, 1748.

3) AG Berlin-Tiergarten, Urt. v. 4.10.1967, NJW 68, 61, mit zust. Anm. von Gentz. Das Gericht bezeichnete allerdings als "verfassungskonforme Auslegung", was in Wirklichkeit Teilnichtigkeit war (eindeutiger Wortlaut).

4) Vorlegungsbeschluß v. 28.10.1963, NJW 64, 176.

5) BGH, Urt. v. 23.9.1964, BGHSt 20, 34; BGH, Urt. v. 19.1. 1965, BGHSt 20, 143, 147 ff. (das Gericht verneinte den S t r a f charakter der Aberkennung der Eidesfähigkeit);

(Fortsetzung)

Es dürfte auch weitgehende Übereinstimmung darüber bestehen, daß grausame, unmenschliche und erniedrigende Strafen oder Maßregeln gegen die Menschenwürde verstoßen.[1] Ebenso herrscht weitgehende Übereinstimmung darüber, daß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsregel grundsätzlich auch auf zwingende Mindeststrafvorschriften anzuwenden ist.[2] Das gleiche gilt von der Anwendbarkeit des Verfassungssatzes "nulla poena sine culpa" auf gesetzliche Mindeststrafen.

Die eigentlichen Schwierigkeiten und Meinungsverschiedenheiten beginnen erst bei der Subsumtion und Bewertung des Einzelfalls. Dabei muß davon ausgegangen werden, daß es grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers ist, die Schuldangemessenheit eines Strafrahmens festzusetzen, und daß es aus Gründen der Rechtssicherheit, der Gleichheit aller vor dem Gesetz und wegen der Bindung des Richters an die Gesetze nicht angeht, daß der Richter seine Wertungen über die des Gesetzgebers stellt.[3]

Dennoch ist der Richter in Fällen, in denen ein unerträgliches Mißverhältnis zwischen der Schwere der abzuurteilenden Tat und der gesetzlich vorgeschriebenen Mindeststrafe oder

---

...OLG Oldenburg, Urt. v. 27.10.1964, NJW 65, 509 mit kritischer Anm. von Brauser, NJW 65, 1088 sowie weitere im Urteil des AG Berlin-Tiergarten, NJW 68, 61, 62 l.Sp. zitierte Entscheidungen.

---

1) So auch Pawlik, Unmenschlicher § 161 StGB, NJW 64, 1559, der im übrigen zu der auf S. 84 angeführten Rechtsprechung bemerkt, indem sie sich im Namen der Menschlichkeit leichtfertig vom Gesetz dispensiere, leiste sie der Unmenschlichkeit bloßer Willkür und Rechtsunsicherheit Vorschub (a.a.O., S. 1560). Vgl. auch Badura, JZ 64, 337,343.

2) Furtner, a.a.O. (NJW 68, 2228 f.); Simon, Freiheitliche Verfassung und Grundgesetz, Berlin 1969, S. 12; Gentz, NJW 68, 61; siehe ferner oben Kap. 6. Anderer Ansicht Eb. Schmidt, JR 68, 321, 324.

3) Vgl. Pawlik, NJW 64, 1559.

Nebenstrafe besteht, nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, von einer Gesetzesbestimmung abzuweichen.[1] Handelt es sich um ein n a c h konstitutionelles Strafgesetz, ist Vorlage an das BVerfG geboten. Über die Nichtanwendung einer v o r konstitutionellen Norm entscheidet das Strafgericht selbst. Hinsichtlich der Mindeststrafe kommt eine T e i l n i c h t i g k e i t der Strafnorm in Betracht. Der Einwand,[1] eine Nichtigkeit lediglich der unteren Begrenzung des Strafrahmens führe "zu einer nach einer Richtung unbestimmten Strafdrohung" und verstoße damit gegen Art. 103 Abs. 2, trifft nicht zu. An Stelle der besonderen Mindeststrafe tritt im Falle ihrer Nichtigkeit das generelle Mindestmaß der Strafe, etwa das Mindestmaß von einem Tag für die Freiheitsstrafe (§ 18 Abs. 2 StGB).

Eine gesetzliche Mindeststrafe kann aber nicht nur deswegen verfassungswidrig sein, weil sie keine Ausnahme vorsieht und deshalb in Sonderfällen geringerer Schuld zu unerträglich harten Urteilen führen würde. Es ist vielmehr auch die Konstellation denkbar, daß eine Mindeststrafe für ein Verhalten angedroht wird, das g e n e r e l l und t y p i s c h e r w e i s e hinsichtlich seines Unrechtsgehaltes eine mildere Strafe verlangt.

c) Neben den genannten Kriterien der Bedeutung des verletzten Rechtsgutes, des Unrechtsgehaltes der Tat und der Schuld ist es erforderlich, den B e z u g d e s p ö n a l i s i e r t e n V e r h a l t e n s z u m S c h u t z g u t zu untersuchen. Dieser Bezug muß möglichst unmittelbar sein. Dies ist besonders der Fall, wenn die Kausalität zwischen Verhalten und Verletzung des Rechtsgutes direkt und eindeutig ist.

---

1) AG Berlin-Tiergarten, NJW 68, 61, 63.

2) Thomas Raiser, Verfassungswidrige Mindeststrafen, JZ 63, 663, 664.

Der Bezug steht in besonderem Maße bei den G e f ä h r - d u n g s d e l i k t e n in Frage. Bei diesen Delikten ist die Strafbarkeit derart vorverlegt, daß nicht erst die Verletzung eines Rechtsgutes, sondern bereits seine Gefährdung unter Strafe gestellt wird. Beim sog. abstrakten Gefährdungsdelikt braucht die Gefährdung sogar nicht nachgewiesen werden, sondern wird unwiderleglich vermutet.[1] Es wurden Bedenken gegen die Vereinbarkeit der abstrakten Gefährdungsdelikte mit dem Schuldgrundsatz geäußert,[2] die sich jedoch meist mit der Forderung nach Gestattung eines Gegenbeweises begnügen.[3]

§ 116 a.F. (Auflauf) ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt,[4] bei dem eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vermutet wird. In § 125 I a.F. (einfacher Landfriedensbruch) wird ebenfalls die Gefährlichkeit der Anwesenheit vermutet. Zwar setzt der Tatbestand nicht nur eine Gefährdung, sondern sogar eine Verletzung von Rechtsgüter voraus (Gewalttätigkeiten), doch braucht die Kausalität zwischen der Anwesenheit des Betreffenden und den von anderen began-

---

1) Baumann AT § 12, II 28; Maurach AT § 20 III 3; Sch-Schr. Vorbem. 148 f. vor § 1.
Abstrakte GD sind beispielsweise §§ 127, 129, 131, 227, 303.

2) Baumann AT § 12 II 28. Auf diese Bedenken ging das BVerfG in seiner Entscheidung vom 15.4.1970 (BVerfGE 28, 175, "Porst") nicht ein. Es hält die Bestimmung des § 100e StGB a.F., ein abstraktes Gefährdungsdelikt, für verfassungsgemäß. Das Gericht führt aus, wer Beziehungen der in § 100e StGB a.F. bezeichneten Art aufnehme, laufe Gefahr, in eine Verstrickung zu geraten, aus der er sich, je länger sie andauere, desto schwerer befreien könne, und die ihn schließlich zwinge, allen Forderungen des Partners zu entsprechen. Es sei verfassungsrechtlich unbedenklich, daß der Gesetzgeber dieser Gefährdung der Staatssicherheit entgegenwirke, indem er durch strafrechtliche Sanktionen derartige Verbindungen im frühest möglichen Stadium zu unterbinden suche. Die Rechte aus Art. 5 Abs. 1 GG hätten angesichts der Bedeutung der Staatssicherheit zurückzutreten.

3) Sch-Schr. § 227, Anm. 1; Stree JUS 62, 93; BGHSt 10, 247.

4) Baumann AT § 12 II 28.

genen Gewalttätigkeiten nicht nachgewiesen zu werden. Nicht die Gefährlichkeit, sondern die Kausalität ist abstrakt, d.h. lediglich vermutet.

Die genannten Demonstrationstatbestände müssen auch unter diesem Gesichtspunkt gesehen werden, was bisher m.W. noch nicht geschah. HERZOG wendet sich zwar aus verfassungsrechtlichen Gründen gegen die "zu großzügige Auswerfung abstrakter Gefährdungsdelikte",[1] wendet diesen Gedanken jedoch nur auf die Irrtumsproblematik beim Widerstand gegen die Staatsgewalt an, nicht auf §§ 116, 125 I a.F. Der in Demonstrationsprozessen versierte Münchner Oberstaatsanwalt Lossos bejaht die Vereinbarkeit der Mitläuferbestrafung mit dem Grundgesetz unter Hinweis darauf, daß es Gefährungsdelikte auch auf anderen Gebieten des Strafrechts gibt.[2]

Zur Erreichung eines wirksamen Rechtsgüterschutzes kann auf Strafdrohungen für Gefährdungshandlungen nicht generell verzichtet werden. Aber besonders die abstrakten G e f ä h r d u n g s d e l i k t e stellen einen G r e n z b e r e i c h dar für die Pönalisierungsbefugnis des Gesetzgebers.[3]

Ähnliches gilt für die U n t e r l a s s u n g s d e l i k t e, und zwar unabhängig davon, ob es sich um sog. echte oder um unechte Unterlassungsdelikte handelt.[4] Unterlas-

---

1) A-Prot. VI, 160.

2) ZRP 1970, 47.

3) Nach Sax S. 931 verletzt die Vorverlegung der Strafbarkeitsgrenze in den Bereich der Vorbereitung einer Rechtsgüterverletzung leicht die Strafbedürftigkeitsgrenze.

4) Bei letzteren (Gleichstellung der Begehungsweisen: aktives Tun und Unterlassen) erhebt sich als zusätzliches Problem die Vereinbarkeit mit Art. 103 II (nulla poena sine lege). A. Kaufmann, JUS 61, 173, hält die Konstruktion der unechten Unterlassungsdelikte für verfassungswidrig. Vgl. im übrigen: Sch-Schr. Vorbem. Rdnr. 119 ff.; Maurach AT § 45.

sungen setzen i.d.R. eine viel schwächere (kriminelle) Energie voraus als aktives Handeln. Bei der Pönalisierung von Unterlassungen sollte der Gesetzgeber daher in besonderem Maße prüfen, ob der Unrechtsgehalt der Tat eine Bestrafung wirklich erfordert.

Bei sog. u n e c h t e n Unterlassungsdelikten muß diese Prüfung ohnehin vorgenommen werden zur Beantwortung der Frage, ob besondere Umstände (Garantenstellung)[1] die Gleichstellung von Unterlassen mit aktivem Tun rechtfertigen. Die §§ 115 I, 125 I a.F. enthielten in der Auslegung ein unechtes Unterlassungsdelikt, welche das Verbleiben in einer Menge, wenn in dieser inzwischen Gewalttätigkeiten begangen werden, dem Anschluß an eine gewalttätige Menge gleichsetzte.[2]

§ 116 a.F. (Auflauf) bildete ein echtes Unterlassungsdelikt.[3] Die Bestimmung bedrohte das Sich-Nicht-Entfernen aus einer Menschenmenge trotz dreimaliger Aufforderung mit Strafe. Bei den e c h t e n Unterlassungsdelikten erschöpft sich die tatbestandsmäßige Zuwiderhandlung in der Nichtvornahme der gebotenen Handlung. Der erwünschte Außenerfolg, etwa im Falle des § 138 die Verhinderung des Verbrechens oder im Falle des § 116 a.F. die Verhinderung eines Umschlags des noch friedlichen Charakters der Menschenmenge in eine unfriedliche und gewalttätige, bleibt außerhalb der Tatbestandsmäßigkeit.[4] Mangels dieser Erfolgsbezogenheit der echten Unterlassungsdelikte ist auch auf die Prüfung des Straf b e d ü r f n i s s e s besonderen Wert zu legen.

---

1) Vgl. Sch-Schr. 15. Aufl., Vorb. 99 ff.

2) Vgl. Sch-Schr. Rdnr. 8 zu § 115 StGB; Werner im Leipziger Kommentar, Anm. 4 zu § 115.

3) Sch-Schr. 14. Aufl., Rdnr. 11 zu § 116 StGB; Nagler im Leipziger Kommentar, 7. Aufl. 1954, I, S. 30.

4) Nagler, a.a.O., S. 31.

2. Strafe-Bedürfen

Während die Prüfung des "Strafe-Verdienens" auf die Tat und das betroffene Rechtsgut abstellt, betrifft die Frage nach dem Strafbedürfnis die Strafe selbst als das angewandte Mittel. Analog zu den Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit eines verwaltungsrechtlichen Eingriffs bieten sich zur Überprüfung einer Strafnorm die Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit an.

a) Geeignetheit

Die Strafe muß ein geeignetes Mittel des Rechtsgüterschutzes darstellen. Übertriebene Ausdehnung der Strafdrohungen können mehr Schaden als Nutzen für die Gemeinschaft bringen.[1] Ein Heer von Vorbestraften vermag den Rechtsfrieden mehr zu stören, als ihn die Strafdrohung fördert.

Das Rechtsgut muß nicht nur d u r c h das Strafrecht geschützt werden, sondern auch v o r einem unüberlegten Strafen.[2] Ebenso wie ungeschickter Polizeieinsatz bei Demonstrationen Straftaten nicht selten erst verursacht, vermag eine exzessive Pönalisierung gerade erst die Zustände herbeizuführen, die sie bekämpfen will.[3] Ebenso besteht die Gefahr, durch undifferenzierte Strafdrohungen bei sog. Massendelikten unerwünschte Solidarisierungseffekte zu erzielen.[4] Dabei wäre es nötig, die gewalttätigen Versammlungsteilnehmer zu isolieren, nicht nur durch die Maßnahmen der Polizei, sondern auch durch genau abgestufte Strafdrohungen.

---

1) Besonders bei dem noch vorherrschenden Charakter des Strafvollzuges sollten die Wirkungen einer Gefängnisstrafe auf einen durchschnittlichen Demonstrationstäter bedacht werden.

2) Roxin JUS 66, 377, 382.

3) Beispielsweise auf dem Gebiet der Sittlichkeit.

4) Klug, A-Prot. V, 2995.

b) Erforderlichkeit

Ferner darf die Strafe erst dann in Betracht kommen, wenn es kein anderes Mittel gibt, die Gemeinschaft wirksam zu schützen.[1] Dieses Postulat entspricht dem Grundsatz der Erforderlichkeit des Verwaltungsrechts. Wegen des schwerwiegenden Eingriffscharakters der Strafe besitzen mildere Mittel den Vorrang. Die Möglichkeiten des Polizeirechts und des Ordnungswidrigkeitenrechts müssen zuerst ausgeschöpft werden.

Der Grundsatz des mildesten Mittels wird in der Strafrechtslehre mit der s u b s i d i ä r e n[2] oder s e k u n d ä r e n[3] Natur des Strafrechts wiedergegeben. Allerdings darf man darunter nicht nur "eine ethische Forderung an den Gesetzgeber"[4] verstehen, sondern einen verbindlichen Auftrag an den Gesetzgeber: Das Strafrecht darf nur als ultima ratio in Betracht kommen.[5]

c) Verhältnismäßigkeit

Über die genannten Kriterien hinaus darf die Pönalisierung nicht allein nach Zweckmäßigkeitserwägungen ausgerichtet werden.[6] In einem freiheitlichen Rechtsstaat kommt der Ef-

---

1) Sax S. 925; Hamann, GG und Strafgesetzgebung, S. 27; Klug, A-Prot. V, 2995; Leitsätze des Strafrechtsausschusses der BRA-Kammer v. 7.3.69, A-Prot. V, 2918 ff.

2) Roxin JUS 66, 377, 382 und ZStW 1969, 613, 621.

3) Maurach AT § 2 III A.

4) Wie Maurach AT § 2 III A; vgl. oben Kap. 7 I 1.

5) Klug, A-Prot. V, 2995. Diese Beziehung zwischen Grundgesetz und Strafrecht verkennt auch Dreher, NJW 70, 1153, 1155. Nach Dreher war die Reform des Demonstrationsstrafrechts n i c h t unter dem Gesichtspunkt einer Anpassung an das GG geboten, s o n d e r n (!) steht unter dem Motto: Nur soviel Strafrecht wie nötig, so wenig Strafrecht wie möglich.

6) Leitsätze des Strafrechtsausschusses der BRA-Kammer v. 7.3.69, A-Prot. V, 2918 ff.

fektivität des Strafrechts keine absolute Bedeutung zu, vielmehr ist sie im Verhältnis zur Wertordnung des Verfassungsrechts zu sehen. Gerade die Freiheitsrechte bilden Kriterien, an Hand derer die Effektivität der Kriminalpolitik relativiert werden muß. Vor dem "Überhandnehmen kriminalpolitischer Erwägungen in unserem Strafrechtsdenken" hat mit großem Nachdruck HAMANN[1] gewarnt.

Auch der BGH hat, allerdings hinsichtlich des Straf v e r f a h r e n s, die Strafrechtseffektivität relativiert. Die Verwendung persönlicher tagebuchartiger Aufzeichnungen im Strafprozeß gegen den Willen des Verfassers wird vom BGH[2] als Verstoß gegen die Menschenwürde und das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gewertet, "es sei denn, das Interesse des Staates an der Strafverfolgung überwiegt,im Lichte des Grundrechts abgewogen, das persönliche Interesse am Schutz des eigenen Geheimbereichs".

Wegen des schwerwiegenden Eingriffs der Strafe in mehrere Grundrechte entfaltet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Strafrecht eine besonders bedeutende Wirksamkeit.[3] Das Interesse des Staates an der Pönalisierung muß gegenüber dem Freiheitsanspruch des einzelnen abgewogen werden. Bei Zweifeln über die Strafwürdigkeit eines Verhaltens darf dabei nicht zu Ungunsten des Bürgers entscheiden werden; Zweifel schließen vielmehr eine strafrechtliche Norm aus.[4]

---

1) GG und Strafgesetzgebung, S. 49 f.

2) BGH 21.2.1964, E 19, 325.

3) Skeptisch Gentz, NJW 68, 1605, Fußnote 46, mangels verfassungsrechtlicher oder gesetzlicher Begrenzung des allgemeinen Strafzwecks. Gentz hält Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur in Extremfällen für möglich.

4) P. Schneider in Festschrift S. 280 im Anschluß an Klug.

3. Die Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit sind nach der geschilderten[1] Rechtsprechung des BVerfG verfassungsrechtlich bindende Erfordernisse für einen Grundrechtseingriff. Ebenso wie die übrigen unter der Kategorie der Strafwürdigkeit zusammengefaßten Kriterien gehören sie nicht nur der Rechtspolitik an.[2] Die Beurteilung der Strafwürdigkeit steht deshalb, bei aller Schwierigkeit der Erkenntnis und Unschärfe in Randgebieten, nicht im Ermessen des Gesetzgebers.[3] Es handelt sich vielmehr um einen verfassungsgerichtlich nachprüfbaren Rechtsbegriff.[4]

---

1) Siehe Kap. 6.

2) Wie Maurach AT § 2 III A annimmt.

3) Zur Frage der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers siehe oben Kap. 6, 5.

4) Hamann, GG und Strafgesetzgebung, S. 27.

Kapitel 8:

EXTENSIVE INTERPRETATION DES § 125 I a.F.

"Wenn sich eine Menschenmenge öffentlich zusammenrottet und mit vereinten Kräften gegen Personen oder Sachen Gewalttätigkeiten begeht, so wird jeder, welcher an dieser Zusammenrottung teilnimmt, wegen Landfriedensbruches mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft." So lautete bis zum 22. Mai 1970 die Strafnorm des einfachen Landfriedensbruchs (§ 125 I). In Rechtsprechung und Lehre erfuhr die Bestimmung - zumindest bis zur Demonstrationswelle der Jahre 1968 und 1969 - eine überwiegend extensive Interpretation.

1. TB-Merkmal "Menschenmenge"

Menschenmenge ist nach Rechtsprechung und h.L. eine größere Zahl von Personen, bei welcher die potentielle Gefahr durch den Hinzutritt oder Fortgang einzelner nicht geändert wird.[1] Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn man die Zahl auf den ersten Blick nicht feststellen kann,[2] sie also ihrer Quantität nach nicht überschaubar ist.[3]

Zu dieser Ansicht steht eine Entscheidung des RG[4] in einem gewissen Widerspruch, wonach der Begriff der Menschenmenge

1) OGHSt 1, 245; 2, 250; Maurach BT § 69 II B 1; Sch-Schr. § 125, Rdnr. 4; Werner in LK § 125, Anm. II 1 mit weiteren Nachweisen. Diese Formel stimmt im übrigen (wie Tiedemann in JZ 68, 767 bemerkt) schlecht mit dem häufig vorgebrachten Grund für die Anwesenheitsbestrafung überein, wonach die einfache Teilnahme gerade wegen der Vergrößerung der Menge und der Gefahrerhöhung Strafe verdient.

2) Werner in LK, 8. Aufl., Anm. II 1 zu § 125.

3) Sch-Schr. 15. Aufl., Rdnr. 4 zu § 125.

4) RGSt 9, 142, 147.

aus dem Zweck der Bestimmung des § 125 (Sicherung des öffentlichen Friedens) zu interpretieren sei. Deshalb bestimmt das RG die genügende Zahl danach, welche Anzahl von Menschen "über zwei hinaus" zu einer Gefährdung des öffentlichen Friedens erforderlich ist, wobei die konkrete Situation (Beschaffung der Örtlichkeit, Uhrzeit, vorhandene Ordnungskräfte) eine Rolle spielt. Diese Interpretation könnte dazu führen, daß bereits drei Personen zur Begehung des Landfriedensbruchs unter besonderen Verhältnissen genügen.[1)]

1) Das RG bejahte den Landfriedensbruchstatbestand bei 6 Personen, die nachts auf einen Polizisten eindringen.

2. Das Merkmal der "Zusammenrottung"

Zusammenrotten bedeutet nach der Rechtsprechung[1] "das räumliche Zusammentreten einer Mehrheit von Personen zu einem gemeinschaftlichen bedrohlichen oder gewalttätigen Handeln". Diese Definition, wonach das gewalttätige Bestreben der Menge schon bei ihrem Zusammenströmen vorhanden sein muß, wurde jedoch durch eine Erweiterung ausgehöhlt. Zusammenrottung ist nämlich auch das Z u s a m m e n - b l e i b e n einer Personenmehrheit, obwohl aus ihr heraus Gewalttätigkeiten begangen werden.[2]

3. "Teilnahme" an der Zusammenrottung

Die Rechtsprechung setzte eine Teilnahme an den Gewalttätigkeiten nicht voraus,[3] was sich aus Abs. II des § 125 a.F. zwingend ergibt. Teilnahme ist vielmehr der reine räumliche Zusammenhang mit der Menge.[4] Dabei ließ die Rechtsprechung sogar das Erfordernis fallen, daß sich der Täter zum Zeitpunkt der Begehung der Gewalttätigkeiten in der Menge befunden hat.[5] Das RG bestrafte "Teilnehmer", die bei Beginn der Gewalttätigkeiten die Menge schon verlassen hatten.[6]

Diese extensive Auslegung bildet die logische Folge der Qualifizierung des einfachen Landfriedensbruchs als Gefährdungsdelikt: Auch wenn der Teilnehmer beim Ausbruch

---

1) RGSt 56, 281; OLG Kassel HESt 1, 271; OGHSt 2, 366.

2) RG GA 65, 535; RG JW 34, 1785; RGSt 52, 118; BGH AP Nr. 1 zu § 125; BGH NJW 1953, 1031; BGH BB 1955, 161; BayObLG NJW 69, 1128.

3) RGSt 60, 331.

4) RGSt 60, 331, 334.

5) BGH GA 1963, 19.

6) RGSt 54, 85; RGSt 36, 174.

der Ausschreitungen die Menge bereits verlassen hatte, konnte seine frühere Anwesenheit für die späteren Gewalttätigkeiten ursächlich sein, zumindest kann eine solche Ursächlichkeit nicht mit völliger Sicherheit ausgeschlossen werden. Allerdings erhebt sich bei dieser extensiven Auslegung die Frage, was anderes man von einem Bürger verlangen könne, als die Menschenmenge vor Entstehen von Ausschreitungen zu verlassen.

Das RG wendete § 125 I auch für den Fall an, daß die Gewalttätigkeiten der Menge bereits beendet waren, als die Teilnahme des Täters an der Zusammenrottung begann.[1] Hier wird offenbar nur mehr eine a b s t r a k t e Gefährdung bestraft, da nach Verlauf der Dinge eine konkrete Gefährdung von dieser Teilnahme nicht ausging.

Beide geschilderten extensiven Interpretationen wurden von der Fassung des § 125 I a.F. nicht gefordert, ja sie ließen sich m.E. mit dem Gesetzeswortlaut nicht vereinbaren, der eine zeitliche Konkordanz von Anwesenheit und Gewalttätigkeiten nahelegte.

Im übrigen verlangte die Rechtsprechung keinen inneren Bezug des Täters zur Zusammenrottung, der die "Teilnahme" über die bloße Anwesenheit hinausgehoben hätte. Das RG bestrafte auch in der Menge anwesende Rotkreuzhelfer,[2] Pressevertreter[3] und Parteivertreter[4] nach § 125 I. Die Rechtsprechung betonte, daß auch einfache Neugierige nach §§ 115 I, 125 I bestraft werden können,[5] wie z.B. Zuschauer einer Sportveranstaltung.[6]

---

1) RGSt 54, 85. Dagegen Sch-Schr. § 125, Anm. 2.
2) RGSt 53, 46.
3) RGSt 55, 249.
4) RGSt 58, 209.
5) RGSt 58, 207.
6) OLG Hamm 15.1.1951, NJW 51, 206.

4. Merkmal "mit vereinten Kräften"

Auch der Begriff "mit vereinten Kräften", womit die Gewalttätigkeiten begangen werden müssen, unterlag einer extensiven Interpretation: Hierunter fiel auch das Handeln eines Einzelnen, "wenn es von der Zustimmung der Menge getragen war".[1)]

5. Merkmal der "Gewalttätigkeiten"

Eine besondere Bedeutung für den Anwendungsbereich des § 125 I a.F. besitzt der Begriff der Gewalttätigkeit.

a) Nach der Rechtsprechung des RG ist hierfür nicht mehr erforderlich als das "Inbewegungsetzen natürlicher Kraft gegen eine Person oder Sache, die sich mechanisch auf die Person oder Sache übertragen soll".[2)] Eine unmittelbare Einwirkung auf den Körper, ein unmittelbares Berühren ist nicht nötig. Auch bei Gewalttätigkeiten gegen Sachen ist nichts weiter erforderlich, als daß die körperliche Kraft einer Person in Bewegung gesetzt und damit auf die Sache eingewirkt wird. Fehlgehende Steinwürfe oder Schläge werden von dieser Formulierung erfaßt.[3)] Auch die Wegnahme einer Sache[4)] oder eine versuchte Sachbeschädigung[5)] ist eine Gewalttätigkeit.

---

1) RGSt 47, 178; ferner RGSt 20, 304; 30, 392; ebenso BayObLG 7.10.1955, E 1955, 172, 176; auch RGSt 6.6.1932, JW 33, 429 hinsichtlich der gleichen Problematik des § 115 I. Diese Entscheidung hielt Erik Wolf in der am selben Ort abgedruckten Anmerkung für richtig; denn sie sei "orientiert am Staat als dem beherrschenden Grundwert des Strafrechts".

2) RGSt 52, 35.

3) RGSt 47, 178.

4) RGSt 52, 34.

5) RGSt 5, 377.

Psychischer Zwang[1] oder Drohung mit physischer Gewalt genügen nach der Rechtsprechung des RG zur Erfüllung des Merkmals "Gewalttätigkeit" nicht. Diese Ausgrenzung wurde jedoch durch die elastische Wendung durchlöchert: "Gewalttätigkeit setzt die unmittelbare Berührung oder sonstige unmittelbare Einwirkung auf den Körper des Vergewaltigten nicht voraus, es genügt eine mittelbar gegen Personen gerichtete Einwirkung, welche von diesen körperlich (physisch) empfunden wird".[2] Adolf ARNDT hat in einer (allerdings schon etwas älteren) Abhandlung das Ausspeien als Gewalttätigkeit und das Anwesendsein als Entfaltung körperlicher Energie bezeichnet,[3] die die schwerwiegenden Folgen des § 125 I a.F. auslösen können. Die Gleichsetzung von Gewalt t ä t i g k e i t mit Gewalt gelangt in einer zusammenfassenden Definition zum Ausdruck, wonach Gewalttätigkeit eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist, bei der ein Mensch oder eine Sache durch Anwendung von Gewalt gefährdet wird.[4]

b) Zahlreiche neuere Entscheidungen knüpfen bedenkenlos an die extensive Interpretation des RG an. So nahm das BayObLG[5] die Rechtsprechung des RG[6] wieder auf, wonach für § 125 schon eine m i t t e l b a r gegen eine Person gerichtete Einwirkung genügt, die von dieser k ö r p e r l i c h empfunden wird, wie beispielsweise das Versperren

---

1) RG in JW 1926, 1175; RGSt 45, 156.

2) RG 45, 153.

3) "Das Wesen des Landfriedensbruchs", ZStW 53 (1934), 216, 220 f.

4) RGSt 54, 88; bestätigt von BGH 2 StR 291/60, vom 13.7. 1960 (unveröffentlicht).

5) 14.4.1969, NJW 69, 1127.

6) RGSt 45, 153.

eines Zu- oder Durchgangs. Mit dieser dehnbaren Formel lief die Rechtsprechung Gefahr, auch rein passive Verhaltensweisen und lediglich psychische Einwirkungen wie Drohungen zu Gewalttätigkeiten zu stempeln.

Die Wendung "Versperren eines Durchgangs ist Gewalttätigkeit" wurde auch vom BGH übernommen.[1] Das führte dazu, daß sog. Sitzstreiks auf öffentlichen Verkehrsflächen, sofern sie den Verkehr behindern, als Gewalttätigkeit und damit i.d.R. als Landfriedensbruch angesehen wurden.[2] Jeder Teilnehmer eines Sitzstreiks verwirklichte somit nicht nur den Tatbestand des einfachen Landfriedensbruchs, sondern hatte wegen schweren Landfriedensbruchs (§ 125 II a.F.) eine Zuchthausstrafe bis zu zehn Jahren zu erwarten.

Eine etwas mehr differenzierende Rechtsprechung nimmt zumindest dann Gewalttätigkeit an, wenn die Sitzstreikenden die Sperrwirkung durch quergestellte Automobile, Ruhebänke etc., kurz "Barrikadenbau" verstärken.[3] Gewalttätigkeit gegen Personen wurde damit begründet, daß die mit der Auslieferung der Bildzeitung betrauten Personen davon ausgehen mußten, "daß jedenfalls ein Teil der vor den Barrikaden befindlichen Menschenmenge zur Verteidigung der Barrikaden bereit sein werde und daß sie an dem Versuch einer Beseitigung der Barrikaden körperlich gehindert werden könnten.[4] Diese Begründung mißachtet die noch vom BGH[5] ge-

---

1) BGH 13.7.1960, 2 StR 291/60 (unveröff.).

2) BGH a.a.O.; BayObLG 26.11.68, NJW 69, 63, 64: Kritik von Hahnzog DRiZ 69, 74 und Stöcker, JZ 69, 396: zustimmend Eb. Schmidt, JZ 69, 395. Eb. Schmidt lobt das Gericht dafür, daß es "sich dabei mit begrifflichen Analysen des Gewalt-Begriffs nicht aufgehalten" hat, a.a.O., S. 396.

3) OLG Köln 7.1.1970, NJW 70, 260.

4) OLG Celle 21.10.1969, NJW 70, 206. Gegen diese Vermutung für den gleichen Fall der Bildzeitungsblockade: Schöffengericht Hannover, 28.11.1968, DRiZ 69, 90, 91.

5) Urteil v. 19.6.1968, 2 StR 248/68 (unveröff.), S. 6.

troffene Unterscheidung, wonach unter Gewalttätigkeit zwar noch mittelbare Gewalt, nicht aber mehr Drohung mit Gewalt falle. Gewalttätigkeit gegen die Ausfahrer der Bildzeitung wurde angenommen, obwohl diese das Gebäude durch andere Ausgänge verlassen konnten, wenn auch ohne die auszuliefernden Zeitungen.[1)]

Die Sperrung der Ausgänge der Bildzeitungsdruckerei durch Automobile, Bänke etc. wurde zugleich als Gewalttätigkeit gegen S a c h e n qualifiziert: denn "die Ausfahrt und damit das Pressehaus konnten nicht mehr bestimmungsgemäß verwandt werden".[1)] Eine (vorübergehende) Nutzungsbeeinträchtigung einer Sache stellt danach eine Gewalttätigkeit gegen die Sache dar, mit der Folge der Bestrafung wegen Landfriedensbruchs.

Schließlich wertete die Rechtsprechung teilweise schon äußerst geringfügige Handlungen als Gewalttätigkeiten. Das BayObLG bezeichnete das Schaukeln eines Automobils mit Insassen und das Trommeln mit Fäusten gegen einen Autobus, beides anläßlich eines Sitzstreiks auf einer Straße geschehen, als Gewalttätigkeit.[2)]

Bei all diesen Interpretationen ist zu berücksichtigen, daß der Nachweis von "Gewalttätigkeiten" dazu führte, alle Anwesenden wegen Landfriedensbruchs zu bestrafen.

6. Subjektiver Tatbestand

Der Anwendungsbereich der Tatbestände des einfachen Landfriedensbruchs bzw. Auflaufs wurde ferner dadurch vergrö-

---

1) OLG Celle 21.10.1969, NJW 70, 206 mit ablehnender Besprechung von A. Kreuzer, NJW 1970, 670.

2) BayObLG 26.11.1968, NJW 69, 63.

ßert, daß die Rechtsprechung i.d.R. keine Kenntnis der durch die Menschenmenge begangenen Auschreitungen verlangte. Gefordert wurde lediglich eine Kenntnis der friedenstörenden Tendenz der Menge,[1] das Bewußtsein, "es könne und werde zu Gewalttätigkeiten kommen".[2] Diese Kenntnis bildet den Vorsatz hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals "Zusammenrottung". Eine Kenntnis der (konkreten) Gewalttätigkeiten wurde dagegen nicht gefordert.

Damit faßte die Rechtsprechung das Begehen von Gewalttätigkeiten - mehr oder weniger deutlich ausgesprochen - als objektive Bedingung der Strafbarkeit auf.[3] Diese Interpretation war nach dem Wortlaut der §§ 115 I, 125 I a.F. keineswegs zwingend: der Wortlaut ließ durchaus die Möglichkeit zu, das normale strafrechtliche Erfordernis zur Geltung zu bringen, daß der Vorsatz alle Tatbestandsmerkmale umfassen muß. Eine frühe Entscheidung des RG geht auch in selbstverständlicher Weise von dem Vorsatzerfordernis aus.[4]

Grund der Annahme einer objektiven Strafbarkeitsbedingung bildet anscheinend die Überlegung, welche die Amtliche Be-

---

1) BGH 28.9.1954, NJW 54, 1694.

2) BGH 6.12.1961, GA 1963, 19, 20; ferner RGSt 54, 299, 300; 58, 207, 208; RG JW 1924, 58, 59.

3) Dies geht beispielsweise aus dem Urteil des BayObLG v. 26.11.1968, NJW 69, 63, 64 hervor; ferner aus der Rechtsprechung, wonach wegen einfachen Landfriedensbruchs auch derjenige bestraft wurde, der die Menge zum Zeitpunkt der Begehung der Gewalttätigkeiten schon verlassen hatte: RGSt 36, 174; 54, 85. Für obj. Strafbarkeitsbedingung auch Sch-Schr. § 115, Rdnr. 7.
Erst neuerdings erheben sich Stimmen gegen die obj. Strafbarkeitsbedingung: Dreher, Komm. 31. Aufl. 1970, § 125, 1 am Ende.

4) RGSt 55, 248, 249.

gründung des Entwurfs 1962 anführt: "Würde man eine Bestrafung nur vorsehen, wenn der Täter erkennt, daß eine Ausschreitung begangen wird, so wäre der kriminalpolitische Zweck der Vorschrift weitgehend verfehlt, weil eine solche Kenntnis erfahrungsgemäß nur selten nachzuweisen ist."[1)]

Z u s a m m e n f a s s e n d läßt sich sagen, daß zumindest die ältere Rechtsprechung (vor 1968), und ihr folgend die Literatur, eine sehr extensive Interpretation des § 125 I (und des § 115 I) bevorzugte.

1) BT-Drucksache 200/62, S. 467.

Kapitel 9:

RESTRIKTIVE AUSLEGUNG DES § 125 I a.F.

I. Verfassungskonforme Auslegung

Die restriktive Interpretation des Tatbestands des einfachen Landfriedensbruchs geht meist von der Überlegung aus, daß andernfalls § 125 I gegen das Grundrecht des Art. 8 verstieße und die dort angedrohten Mindeststrafen unerträglich hart und ungerecht wären.[1] Die restriktive Interpretation erfolgt deshalb zumeist als sog. "verfassungskonforme Auslegung".

1. Funktion der verfassungskonformen Auslegung

a) Die verfassungskonforme Auslegung[2] hat zur Aufgabe, die einfachen Gesetze im Einklang mit den (ranghöheren) Normen des Grundgesetzes zu interpretieren. Sie bildet das Gegenstück zum Recht des Richters, jede Rechtsnorm auf ihre (materielle) Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen.[3]

---

1) LG Köln 31.10.1968, JZ 69, 80, 81.

2) Wichtigste Literatur:
E. Bender, Inhalt und Grenzen des Gebots der verfassungskonformen Gesetzesauslegung, MDR 1959, 444 ff.
F. Schack und H. Michel, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, JUS 1961, 269 ff.;
W.-D. Eckardt, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, 1964;
H. Spanner, Die verfassungskonforme Auslegung in der Rspr. des BVerfG, AöR 91 (1966), 503 ff.;
H. Bogs, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, 1966.

3) Nur die Verwerfungskompetenz hinsichtlich nachkonstitutioneller Gesetze ist beim BVerfG monopolisiert.

Eine verfassungskonforme Auslegung kommt in erster Linie in Betracht, wenn die übrigen Auslegungsmethoden zu mehreren, unterschiedlichen Ergebnissen führen, die alle vom Wortlaut getragen werden. Da die Methodenlehre keine eindeutige Rangordnung der verschiedenen Interpretationskriterien entwickelt hat, vermag die verfassungskonforme Auslegung sozusagen den Ausschlag an der Waage zu geben: Von mehreren nach den herkömmlichen Methoden erzielten Ergebnissen soll nur das gelten, das sich mit der Verfassung vereinbaren läßt. Unter diesem Aspekt erweist sich die verfassungskonforme Auslegung als Ausfluß der systematischen Interpretation, die die Höherrangigkeit der Verfassung geführend berücksichtigt.

b) Die verfassungskonforme Auslegung bezweckt, einen Widerspruch zwischen der Verfassung und tieferrangigen Rechtsnormen zu vermeiden. Ein solcher Konflikt soll nach Möglichkeit nicht mit der wuchtigen Waffe gelöst werden, das einfache Gesetz für nichtig zu erklären, sondern mit dem weniger einschneidenden Mittel einer entsprechenden Interpretation. Von mehreren Interpretationsmöglichkeiten darf also nicht diejenige gewählt werden, welche zur Nichtigkeit der Norm führen würde, sondern nur jene, die die Norm sich als verfassungsgemäß erweisen läßt. Insoweit besteht ein favor legis (konservierendes Prinzip).

c) Aber auch dann, wenn nicht die Alternative der Nichtigkeit droht, verdient bei mehreren Deutungsmöglichkeiten einer Norm "diejenige den Vorzug, die einer Wertentscheidung der Verfassung besser entspricht."[1] Die verfassungskonforme Auslegung dient hier nicht lediglich als Notanker, sondern als allgemeines, materielles, teleologisches Prinzip im Sinne einer verfassungseffektiven Gesetzesauslegung. Voraussetzung hierfür bildet die Erkenntnis, daß

---

1) BVerfGE 8, 210, 221 (unehel. Kind).

die Normen der Verfassung, namentlich die Grundrechte, als Wertentscheidungen[1] des Verfassungsgebers m a t e r i e l l e Auslegungskriterien für die übrige Rechtsordnung darstellen.

d) Im materiellen Strafrecht kann die verfassungskonforme Auslegung bei solchen Tatbeständen ansetzen, die "offen" gegenüber allgemeinen und übergeordneten Wertungen sind, also vor allem bei normativen Merkmalen.[2]

Darüber hinaus sind aber auch manche Rechtsgüter in besonderem Maße offen für die Wertungen der Verfassung, so besonders das Rechtsgut der öffentlichen Ordnung und der Staatsautorität.[2] Deshalb ist das sog. Demonstrationsstrafrecht in höherem Maße einer an der Verfassung orientierten Auslegung bedürftig als Normen wie Körperverletzung und Diebstahl, die klassische individuelle Rechtsgüter schützen.

e) Die G r e n z e der verfassungskonformen Auslegung gegenüber einer (unerlaubten) richterlichen Gesetzesänderung bildet der Wortlaut des Gesetzes.[3] Der Wille des Gesetzgebers ist dagegen nicht entscheidend.[4] Dies gilt in besonderem Maße für vorkonstitutionelle Gesetze.[5]

---

1) Vgl. BVerfGE 13, 46, 51.

2) Tiedemann, JZ 69, 719.

3) BVerfGE 11, 77, 83 f. (Milch- und Fettgesetz).

4) BVerfGE 12, 45, 61 (§ 25 Wehrpflichtgesetz); das Gericht neigt also grundsätzlich der objektiven Methode zu.

5) Auch Anhänger der subjektiven Interpretationslehre erkennen an, daß mit zunehmendem Alter einer Norm der Wille des Gesetzgebers als Auslegungskriterium an Bedeutung verliert: Michel, JUS 1961, 274, 280.

Auch nach der grundsätzlichen objektiven Interpretationsmethode des BVerfG kann der Wortlaut eines Gesetzes jedoch nicht als Hülse beliebiger Inhalte aufgefaßt werden. Die verfassungskonforme Auslegung darf nicht das "gesetzgeberische Ziel" in einem wesentlichen Punkte verfehlen oder verfälschen.[1] Ist deshalb Wortlaut und Sinn eines Gesetzes eindeutig verfassungswidrig, dann vermag das Gesetz auch nicht mit verfassungskonformer Auslegung gerettet zu werden, so verlockend bequem dieser Weg auch erscheinen mag. Es bleibt nur die Lösung, die Nichtigkeit oder eventuell die Teilnichtigkeit des Gesetzes festzustellen.[2]

2. Die verfassungskonforme Auslegung im Demonstrationsstrafrecht

Bei manchen, an sich in verfassungsrechtlicher Hinsicht begrüßenswerten, restriktiven Interpretationen wurden die Grenzen nicht beachtet, die der (verfassungskonformen) Auslegung durch die Bindung des Richters an die Gesetze gezogen sind.[3]

Auf der anderen Seite wurde teilweise übersehen, daß die Linie, an der der Grundrechtsschutz endet, nicht identisch zu sein braucht mit derjenigen, an der die Strafbarkeit des Verhaltens (als Landfriedensbruch) beginnt.

---

1) BVerfGE 8, 28, 34; 9, 194, 200; 12, 151, 172.

2) Da u.U. verfassungskonforme Auslegung und Nichtigkeitserklärung materiell zum selben Ergebnis gelangen, ist der Streit um die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung z.T. lediglich dogmatischer Natur. Dies gilt indessen nicht für nachkonstitutionelle Gesetze, weil hier das Verwerfungsmonopol des BVerfG durch zu weit gefaßte verfassungskonforme Auslegung unterlaufen würde.

3) Beispiele im folgenden: II 1 d; II 2 a; II 3 und 4.

Das OLG Köln[1] begründet beispielsweise seine Ansicht, die zeitweise Verhinderung der Auslieferung einer Zeitung sei Gewalttätigkeit i.S. § 125 mit der Feststellung, "eine andere Auslegung entspräche auch dem Grundgesetz nicht". Weil sich die "Springer-Blockade" nicht in der Schranke der Friedlichkeit des Art. 8 hielt, war sie nach Meinung des Gerichts als Landfriedensbruch anzusehen. Das OLG Köln ging hierbei von der unrichtigen Prämisse aus, jede von den Grundrechten nicht mehr gedeckte Handlung müsse bestraft werden, und, sofern die Handlung den Rahmen des Art. 8 übersteige, liege Landfriedensbruch vor.[2]

Eine ähnliche zu pauschale verfassungsrechtliche Argumentation - allerdings mit umgekehrtem Vorzeichen - lieferte das LG Hannover:[3] Dieses Gericht stellte lapidar fest, eine Verurteilung wegen Landfriedensbruchs scheide aus, weil die Verhinderung der Auslieferung der Bild-Zeitung für einige Stunden wegen des positiven Anliegens der Demonstranten sich noch im Rahmen der Grundrechte der Art. 5 und 8 gehalten habe. Eine Interpretation des § 125 und eine Tatbestandssubsumtion findet dagegen nicht statt.

---

1) OLG Köln, 7.1.1970, NJW 70, 260.

2) Auch Frowein kritisiert die Gleichsetzung von Grundrechtsgrenze und Strafbarkeitsbeginn, A-Prot. VI, 155.

3) Urt. v. 12.3.1969, DRiZ 69, 225 f.

II. Restriktive Interpretation einzelner Tatbestandsmerkmale

1. Merkmal "Gewalttätigkeiten"

a) Eine einschränkende Interpretation ergibt sich aus dem allgemeinen Sprachgebrauch,[1] wonach das Wort "Gewalttätigkeit" eine besondere Anwendungsform der Gewalt bezeichnet, nämlich Gewalt durch a k t i v e s, a g g r e s s i v e s V o r g e h e n. Gegenüber dem Wort Gewalt legt die Vokabel Gewalttätigkeit den Akzent mehr auf den Vorgang, die Aktion, als auf das Ergebnis, die Zwangs w i r k u n g.

Das LG Köln hat in Anwendung dieser Interpretation eine Trambahnblockade durch lediglich passives Stehen auf den Schienen nicht als Gewalttätigkeit angesehen.[2] Desgleichen lehnte es das OLG Stuttgart ab, das Eindringen von Studenten in das Dienstgebäude einer Behörde als Gewalttätigkeit zu qualifizieren, mangels eines über die körperliche Anwesenheit hinausgehenden aggressiven Verhaltens.[3]

Das Erfordernis der Aggressivität spricht auch aus dem Urteil des Schöffengerichts Hannover,[4] das bei der "Springer-Blockade" keine Gewalttätigkeit annahm, da die Menschenmenge denjenigen, der sich den Durchgang erzwingen wollte, nicht mit sofortiger persönlicher Gewalt bedrohte.[5]

---

1) Das Wörterbuch der Deutschen Gegenwartssprache, Band 2, Berlin 1967, definiert: "Gewalttätigkeiten = Gewalttat = mit Zwang, roher Kraft vollzogene Tat".

2) 31.10.1968, JZ 69, 80, 81 (Fall Läpple).

3) 6.8.1969, NJW 1969, 1776.

4) 28.11.1968, DRiZ 69, 90, 91.

5) Wie es im Friedhofsfall des RG (E 45, 153) der Fall war.

b) Auch der B u n d e s g e r i c h t s h o f betonte schließlich im Läpple-Urteil,[1] daß Gewalttätigkeit i.S. § 125 nicht einfach mit Gewalt gleichzusetzen sei. Der BGH verlangt eine a g g r e s s i v e Handlung, weil die passive Resistenz seiner Ansicht nach schon dem Tatbestandsmerkmal der Zusammenrottung (= unfriedliche Versammlung einer Menschenmenge) erfaßt ist, und das Merkmal der Gewalttätigkeit also ein zusätzliches Erfordernis darstellt; andernfalls wäre es überflüssig. "Eine im Einzelfall schon vor der Zusammenrottung allein wegen des bedrohlichen Auftretens ausgehende Zwangswirkung ist noch keine Gewalttätigkeit",[1] und damit auch keine mittelbare Gewalt, welche für § 125 genüge.[2]

Mit dem Erfordernis einer aggressiven Handlung scheint der BGH einen Schritt weg von der bisher sehr weiten Auslegung der Landfriedensbruchbestimmung getan zu haben. Dieser Eindruck ist jedoch nur bedingt richtig. Denn der BGH versteht unter aggressivem Handeln schon ein "Wegdrängen eines Polizeibeamten" oder "ein Umwerfen eines Gegenstandes".[1] Bei einer größeren Menschenansammlung kommt es aber häufig vor, daß Polizeibeamte weggedrängt und Gegenstände umgeworfen werden. In jedem solcher relativ geringfügiger Vorkommnisse schon aggressives Handeln zu erblicken, heißt dieses gerade erst herausgearbeitete Kriterium wieder weitgehend entwerten.

c) Die restriktive Auslegung des Begriffs der Gewalttätigkeiten wird ferner durch einen Vergleich des § 125 mit

---

1) BGH 8.8.1969, NJW 69, 1770, 1772.

2) Das Gericht grenzt mittelbare Gewalt, welche für § 125 genüge, von bloßer Drohung mit Gewalt ab. Es läßt dahingestellt, ob sich bei den Strafverfahren RGSt 45, 153 (Friedhofsträger) und BGH 13.7.1960 (2 StR 291/60), die es als Grenzfälle bezeichnet, im Lichte der neuen BGH-Rechtsprechung ein anderes Resultat ergeben hätte.

§ 240 (Nötigung) begründet. Diese Vorschrift enthält in Absatz II die besondere Klausel, wonach die Gewaltanwendung nur dann rechtswidrig ist, wenn sie "als zu dem angestrebten Zweck verwerflich" anzusehen ist.

Das LG Köln[1] schließt aus dem Fehlen einer derartigen Abwägungsklausel in § 125, dies sei nur sinnvoll, "wenn das in § 125 mit Strafe bedrohte Verhalten das Unwerturteil schon in sich trägt", was nur bei besonderer Gefährlichkeit des Verhaltens der Fall sei.

d) Eine Einschränkung des Begriffs der Gewalttätigkeit in § 125 I a.F. wurde aus dessen Absatz II abzuleiten versucht. Absatz II bedrohte Personen, die "Gewalttätigkeiten gegen Personen begangen oder Sachen geplündert, vernichtet oder zerstört haben", mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren. Hier genügten also bloße Beschädigungen von Sachen zur Erfüllung des Tatbestandes des schweren Landfriedensbruchs nicht. Aus dieser Einschränkung des Absatzes II schloß das LG Köln[2] generell, also auch für den einfachen Landfriedensbruch des Absatzes I, daß der Gesetzgeber unter Gewalttätigkeit gegen Sachen nur Plünderungen, Vernichtungen oder Zerstörungen verstanden haben will, demnach "einen besonders rohen Angriff mit der Folge einer schwerwiegenden Substanzbeeinträchtigung".

In einem weiteren Schritt überträgt das Gericht die geschilderte restriktive Interpretation der "Gewalttätigkeit gegen Sachen" auch auf "Gewalttätigkeit gegen Personen". Denn der Gesetzgeber unterscheide, wie die Ausdrucksweise des § 125 I zeige, bei der Gewalttätigkeit nur hinsichtlich des Angriffsobjekts, nicht aber hinsichtlich der Art

---

1) LG Köln, Urt. v. 31.10.1968, JZ 69, 80, 81 (Läpple).
2) LG Köln, Urt. v. 31.10.1968, JZ 69, 80, 81 (Läpple).

und Weise des Angriffs. Das LG Köln hält demnach für Gewalttätigkeiten gegen Personen einen r o h e n A n g r i f f für erforderlich. "Dieser Angriff muß so erheblich sein, daß er die körperliche Integrität der angegriffenen Person beeinträchtigt oder doch zumindest deren Leib oder Leben unmittelbar gefährdet".[1)]

So richtig diese restriktive Interpretation auch im Ergebnis sein mag, ihre Begründung widerspricht der Systematik des § 125 a.F. Die engere Tatbestandsfassung des Absatzes II rechtfertigt sich aus der schwereren Strafdrohung (bis zu 10 Jahre Zuchthaus); sie läßt sich auf Absatz I nicht übertragen. Wenn der Gesetzgeber eine Erstrekkung der Definition des Absatzes II auch auf den einfachen Landfriedensbruch des Absatzes I gewollt hätte, so hätte er schon hier eine entsprechende Definition vorgenommen. Mit Recht hat deshalb der BGH in seinem Revisionsurteil[2)] die Interpretation des LG Köln als "schon in ihrem Ansatzpunkt verfehlt" verworfen.[3)] Auch eine "verfassungskonforme Auslegung" darf sich nicht über den Gesetzeswortlaut und den klaren Sinn des Gesetzes hinwegsetzen.

e) Ein weiterer Weg zu einer restriktiven Interpretation des Tatbestandsmerkmals der Gewalttätigkeiten wurde darin gesehen, die Abwägungsklausel des § 240 II (Nötigung) auf § 125 zu übertragen.[4)] Der Versuch einer direkten Übertra-

---

1) a.a.O., S. 81.

2) BGH 8.8.1969, NJW 69, 1770. Der BGH stützt sich auf eine gefestigte Rechtsprechung von RGSt 5, 377 bis BGH 19.6.1968 (2 StR 248/68).

3) Ablehnend auch OLG Stuttgart, 6.5.1968, NJW 69, 1543 f.

4) Janknecht, GA 1969, 36.

gung muß an der mangelnden gesetzlichen Grundlage scheitern. Als Interpretationshilfe lassen sich dagegen die Überlegungen, die im Rahmen des § 240 II angestellt werden, auch bei § 125 verwerten. Es wird dabei auf Kriterien wie "sittliche Mißbilligung im Rechtsempfinden des Volkes",[1] "soziale Unerträglichkeit"[2] oder "Sozialwidrigkeit" abgestellt.[3]

f) Zusammenfassend läßt sich sagen, daß sich schon vor der Gesetzesänderung des Jahres 1970 ein großer Teil der Rechtsprechung und Lehre - allerdings mit unterschiedlichen Begründungen und in verschiedenem Ausmaße - eine restriktive Interpretation des Begriffs der Gewalttätigkeit befürwortete.[4] Gewalttätigkeiten setzen danach ein aktives, aggressives Vorgehen voraus, das nicht nur geringfügiger Natur ist.[5]

---

1) BGHSt 2, 196; BGH NJW 62, 1923; BGHSt 18, 391; 19, 268.

2) Welzel, Deutsches Strafrecht, § 43 I 3.

3) Roxin, JuS 1964, 373, 376.

4) Vgl. die genannten Entscheidungen; ferner:
Ott, NJW 69, 456;
Stöcker, JZ 69, 396, 398;
Eilsberger, JuS 70, 164, 166.

5) AG Tübingen, Urt. v. 2.12.1968, 5 Cs 205, 206, 207, S. 18 (unveröffentlicht); vgl. OLG Stuttgart, NJW 69, 1776.

2. Merkmal der "Zusammenrottung"

a) Das OLG Frankfurt[1] leitet aus dem Begriff "Zusammenrottung" das Postulat ab, diese müsse von vornherein einen friedenstörenden Willen besitzen. Damit wird die allgemein übliche Gleichstellung des räumlichen Zusammentretens mit dem Zusammenhalten mehrerer Personen aufgegeben. Unter Zusammenrottung wird vom OLG Frankfurt lediglich die von Anfang an unfriedliche Zwecke verfolgende Menschenansammlung verstanden, nicht aber diejenige, die erst später einen friedenstörenden Charakter erhält. Damit scheiden Demonstrationen für den Normalfall eines friedlichen Beginns und friedlicher Intentionen der Teilnehmer aus dem Anwendungsbereich der §§ 115 I, 125 I a.F. aus. Auf dem Wege der Interpretation wird somit der größte Teil der Anwendungsfälle aus den genannten Normen herausgenommen.

Diese Interpretation des OLG Frankfurt läßt sich zwar mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbaren. Sie verstößt jedoch gegen den Willen des Gesetzgebers[2] und gegen den Zweck des Gesetzes.[3] Zweck der §§ 115 I, 125 I war, wie das OLG Frankfurt selbst feststellt,[4] eine Kollektivhaftung zu begründen, wie sie dem Grundgesetz nicht mehr entspricht. Die Folge aus dieser Feststellung kann nur (Teil-) Nichtigkeit des Gesetzes sein; sie darf nicht durch eine zu weit gehende "Auslegung" verschleiert werden.

---

1) Urt. v. 22.10.1969, 1 Ss 337/69 (unveröffentlicht), teilweise abgedruckt in FAZ v. 23.10.1969, S. 27.

2) Vgl. Motive zu § 123 im Entwurf eines StGB für den Norddt. Bund, Berlin 1870, S. 62.

3) § 125 I a.F. bestrafte die "Teilnahme" an einer Zusammenrottung; für die Strafbarkeit des Teilnehmers war es ohne Bedeutung, ob die Menschenmenge von Anfang an oder erst später friedenstörenden Charakter zeigte.

4) a.a.O.

b) Das Merkmal der Zusammenrottung fand ferner eine einschränkende Auslegung in dem Sinne, daß sie in der überwiegenden Mehrzahl der Teilnehmer[1] oder insgesamt[2] friedenstörend ist. Das AG Freiburg[1] leitet diese Restriktion aus dem Grund des Gesetzes ab, daß nämlich andernfalls die besondere psychologische Situation, welche die Gefährlichkeit einer Zusammenrottung begründet, nicht gegeben sei.

3. Merkmal der Teilnahme

Eine einschneidende Restriktion des Tatbestandes des § 125 I a.F. nahm TIEDEMANN[3] vor: Er qualifiziert das bloße Verbleiben in einer mittlerweile gewalttätig gewordenen Menge als (unechtes) Unterlassungsdelikt und hält eine Bestrafung des Verbleibens mangels einer Rechtspflicht zum Fortgehen für nicht gerechtfertigt.[4] Diese Interpretation des Merkmals der Teilnahme ist jedoch zu eng. Für die Teilnahme ist die Frage, in welcher Weise sie verwirklicht wird, durch Hinzukommen oder durch Verweilen, unerheblich. Das Wort "Teilnahme" umfaßt durchaus auch das Verbleiben in einer Menge. Hierzu ist kein "Kunstgriff" nötig:[5] im Gegenteil, die Qualifikation des Verweilens in einer unfriedlich gewordenen Menge als u n e c h t e s Unterlassungsdelikt erscheint als Kunstgriff, der gegen Wortlaut, Sinn und Zweck des § 125 I a.F. verstößt.

---

1) AG Freiburg, 18.6.1968, JZ 68, 802 f.

2) OLG Frankfurt 22.10.1969, 1 Ss 337/69 (unveröffentlicht).

3) JZ 68, 761, 766; ferner JZ 69, 717, 725.

4) Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Unterlassungsdelikte siehe Kapitel 7 (Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Strafrecht), II 1 c).

5) Tiedemann, JZ 68, 761, 766: "Kunstgriff der Interpretation".

Es gilt deshalb auch hier das oben[1] Ausgeführte, daß das gewünschte Ergebnis, die Freistellung der bloßen Anwesenheit von Strafe, nicht durch Interpretation erreicht werden konnte, sollte diese nicht in Wahrheit eine Gesetzesänderung sein.

4. "Billigung" der Gewalttaten

Eine weitere Tatbestandsreduktion soll nach einer vereinzelt vertretenen Meinung[2] durch das Erfordernis der Billigung der friedenstörenden Ziele der Menge erreicht werden. Dagegen stand die Rechtsprechung auf dem Standpunkt, beim einfachen Landfriedensbruch sei eine Billigung der Gewalttätigkeiten oder gar die Kundgebung derselben nicht erforderlich.[3]

Das Erfordernis der Billigung würde zweifellos eine erhebliche Einschränkung des Anwendungsbereichs der §§ 115 I, 125 I a.F. bringen. Sofern man nämlich die Billigung auf Grund der Anwesenheit in der Menge und wegen Fehlens einer ausdrücklichen Mißbilligung nicht einfach unterstellt, könnte sie in den meisten Fällen passiver Anwesenheit nicht nachgewiesen werden. Wenn sich die Billigung durch Zurufe an die Gewalttäter oder in bewußter Gewährung von Deckung für diese ausdrücken sollte, liegt ohnehin B e i h i l f e zum schweren Landfriedensbruch vor.

Davon abgesehen, läßt sich m.E. das Erfordernis der Billigung mit dem Wortlaut und Sinn der §§ 115 I, 125 I a.F.

---

1) Siehe Kap. 9 II 1.

2) Ott, NJW 69, 454, 457; ähnlich schon Goetzeler, ZStW 63 (1951), 83, 111.

3) RGSt 55, 249; BGH 28.9.1954, NJW 54, 1694.

nicht in Einklang bringen. Es kann weder aus dem Merkmal "mit vereinten Kräften"[1] noch aus dem Merkmal "Teilnahme"[2] hergeleitet werden. Diese Tatbestandsreduktion läßt sich deshalb auch nicht als sog. verfassungskonforme Auslegung vertreten.

III. Zusammenfassung

1. Durch restriktive Interpretation ließ sich der Tatbestand des § 125 I a.F. in folgenden Punkten e i n s c h r ä n k e n:[3]

a) Gewalttätigkeit setzt aggressives Handeln von erheblichem Gewicht voraus.

b) Bestraft werden kann nur die Anwesenheit zum Zeitpunkt der Begehung der Gewalttätigkeiten, nicht frühere oder spätere Anwesenheit in der Menge.

c) Ausnahmeregelung in Form eines Rechtfertigungsgrundes für Presseleute, Polizisten, Sanitäter etc.

d) Für das Merkmal "mit vereinten Kräften" genügt das Handeln eines Einzelnen mit Zustimmung anderer nicht.

e) Die Begehung von Gewalttätigkeiten wird nicht als objektive Strafbarkeitsbedingung angesehen; Vorsatz (Kenntnis) ist auch in dieser Hinsicht erforderlich.

2. Im Wege der (restriktiven) Gesetzes i n t e r p r e t a t i o n waren dagegen folgende Ziele n i c h t zu erreichen:

---

1) Wie Ott, NJW 69, 454, 457 vorschlägt.

2) Wie Goetzeler, ZStW 63 (1951), 83, 111 meint.

3) Vgl. hierzu auch das Kapitel 8 (extensive Auslegung des § 125 I a.F.).

a) Zunächst friedliche Versammlungen fallen trotz später eintretender Unfriedlichkeit nicht unter § 125 I.

b) Das bloße Nicht-Entfernen ist nicht strafbar.

c) Die Strafbarkeit der Anwesenheit erfordert Billigung der friedenstörenden Ziele.

Mit einem Wort, die Strafbarkeit der bloßen Anwesenheit in einer Menschenmenge, aus der heraus mit vereinten Kräften Gewalttätigkeiten begangen werden, konnte durch Gesetzesauslegung n i c h t beseitigt werden. Die Versuche, die in dieser Hinsicht angestellt wurden, hielten sich nicht an die Auslegung gesetzter Grenzen. Die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Anwesenheitsbestrafung konnten n u r d u r c h A n n a h m e d e r (T e i l -) N i c h t i g k e i t d e s § 1 2 5 I zur Geltung gebracht werden.

Kapitel 10:

DIE MASSENPSYCHOLOGIE

I. Darstellung der Massenpsychologie

1. Die h.L. im juristischen Schrifttum

a) Die §§ 115, 116, 125 a.F. werden in der Strafrechtslehre unter dem Oberbegriff der "Delikte der Masse" behandelt.

Gemeinsames Gefahrenmoment der drei Tatbestände ist nach MAURACH "die Bildung der fluktuierenden und nicht kontrollierbaren Menschenanhäufung mit den unabsehbaren Folgen der plötzlichen Impulsbildung innerhalb derselben".[1] Der rechtspolitische Strafgrund besteht nach SCHÖNKE-SCHRÖDER in dem "massenpsychologischen Faktum ..., daß der einzelne als Mitglied einer Menschenmasse anders und unkontrollierter reagiert, als es sonst der Fall ist."[2] Schillers "Wehe, wenn sie losgelassen" dient zur Umschreibung der von einer Menschenmenge stets ausgehenden Gefahr, wobei der mechanistische Vergleich mit der "Entfesselung von Naturgewalten" gezogen wird.[1]

"Die Menge in ihrer bloßen Existenz" birgt also eine "latente Gefahr".[1] Diese latente Gefahr resultiert aus dem "übersteigerten Kraftgefühl, das der einzelne als Mitglied der Masse im Vertrauen auf die um ihn Stehenden ... nur zu leicht gewinnt, zum zweiten in der beängstigend leichten Lenkbarkeit der Masseninstinkte und der Bildung des Massewillens, der geradezu elementar zur Selbsthilfe neigt".[1] Ein weiterer Grund der Strafbarkeit besteht in

---

1) Maurach, BT § 69 I B.

2) Sch-Schr. § 115 I.

der Befürchtung, daß "bei Massenaktionen die Vorgänge nachträglich nicht mehr rekonstruiert werden können".[1)]

Besonders eindringlich stellen sich die der bisherigen Tatbestandsfassung der Massendelikte zugrundeliegenden Vorstellungen bei NAGLER, "Das Verbrechen der Menge"[2)] dar: "In jedem Menschen schlafen ja, niedergekämpft und gefesselt, niedere Naturtriebe aus Urzeiten her (zumal Grausamkeit, Streitsucht oder gar - wie viele meinen - die Mordlust) wie Feuer unter der Asche. Wenn die vernünftige Überlegung weicht, wenn die Bindungen von Gesetz und Gewohnheit fallen, brechen diese dunklen Gewalten des eigenen Innern befreit hervor und reißen die Herrschaft an sich."[3)]

b) Schon die bislang herrschende Lehre im strafrechtlichen Schrifttum konnte gewisse Bedenken gegen den Auflaufstatbestand und gegen die Bestrafung der Anwesenheit in §§ 115, 125 nicht ganz unterdrücken.

MAURACH spricht von einem "verhältnismäßig strengen Strafrahmen", denn "isoliert betrachtet, ist Auflauf doch nur eine geringfügige Polizeiübertretung".[4)] Ferner ist nach MAURACH die Konstruktion der Bedingung der Strafbarkeit bei Massedelikten "auf den ersten Blick befremdlich".[4)] GOETZELER gibt zu, daß die §§ 115, 116, 124, 125 in gewissem Umfang "die Spuren der Kollektivhaftung aus vergangener Zeit" anhaften.[5)]

---

1) Sch-Schr. § 115 I.

2) GS 95 (1927), S. 157-218 (Rektoratsrede).

3) a.a.O., S. 162.

4) Maurach, BT § 69 I B.

5) Goetzeler, ZStW 63 (1951), 83, 106.

Trotzdem setzte man sich allgemein mit Hilfe der Massenpsychologie über die Bedenken hinweg und gelangte zur beruhigenden Feststellung, daß das Massendelikt "keinen Anachronismus" darstelle.[1)]

2. Die klassische Massenpsychologie

Obwohl die strafrechtlichen Werke MAURACHs, SCHÖNKE-SCHRÖDERs etc. die Quellen ihrer Erkenntnis über das Wesen der Massendelikte verschweigen, ist doch offenbar, daß sie auf einer Lehre der Psychologie beruht, die zu Ende des letzten Jahrhunderts sich entwickelte und in diesem Jahrhundert beträchtlichen Einfluß gewann.

Es handelt sich um die sog. "Massenpsychologie" von G. TARDE (1834 - 1904),[2)] LE BON (1841 - 1931),[3)] SIGHELE (1868 - 1913)[4)] und ORTEGA Y GASSET (1883 - 1955).[5)]

Besonders LE BONs Doktrin von der Massenseele ("Die Massen haben nur Kraft zur Zerstörung"[6)]) gewann eine ungeheure Popularität.[7)] Sie bestimmte mit den genannten anderen Werken die öffentliche Meinung, vor allem auch die Strafrechtswissenschaft und Kriminologie.[8)]

---

1) Sch-Schr. § 115 I.

2) G. Tarde, L'opinion et la foule, Paris 1901.

3) G. Le Bon, Psychologie des foules, Paris 1895: deutsch: Psychologie der Massen, Stuttgart 1951.

4) S. Sighele, La folla delinquente, Florenz 1891.

5) Ortega y Gasset, La rebelión de las masas, Madrid 1930; deutsch: Der Aufstand der Massen, Hamburg, 12. Aufl. 1961 (rde).

6) Le Bon, S. 5.

7) Vgl. Einführung von H. Dingeldey in Le Bon, Psychologie der Massen, 1951, S. V.

8) Vgl. E. Kern, Vom Seelenleben des Verbrechers, 1964, S. 177 ff.; ferner Erdsieck, Die gewalttätige Demonstration im Rechtsstaat, FAZ v. 18.8.1969, S. 2.

Die Thesen der Massenpsychologie, wie sie in die Strafrechtswissenschaft eingingen, lauten auf einen kurzen Nenner gebracht: Die Masse besitzt eine gefühlsmäßig, nicht verstandesmäßig orientierte Massenseele; ihr Niveau bestimmt sich nach dem geistig und moralisch am tiefsten Stehenden. Wegfall verstandesmäßiger Hemmungen, Anfälligkeit für Propaganda und Suggestion. Durchbruch aller niederen Instinkte wie Neid, Gier, Blutdurst etc.: Schwinden des Rechtsgefühls und Selbsterhaltungstriebs, Potenzierung des Krafgefühls.[1] Der Zustand der Masse wird mit Alkoholrausch[2] und Hypnose[3] verglichen.

II. Kritik der Massenpsychologie

1. Die massenpsychologischen Lehren LE BONs u.a. werden von der heutigen Sozialpsychologie weitgehend abgelehnt.[4] Vor allem HOFSTÄTTER unterzog LE BONs Lehre einer vernichtenden Kritik. Er bezeichnet sie als ein "demagogisches Kunststück",[5] um die Schuld an der Vereinsamung des Intellektuellen der Vermassung in die Schuhe zu schieben: "Der Mensch in der Mehrzahl wird in ihr als ein triebgeleitetes, zur Irrationalität neigendes Wesen vom besonnenen und kulturschöpferischen Individuum in der Einzahl abgehoben."[6]

---

1) Kern, S. 181 ff. geht damit sichtbar von Le Bon aus, welchen er mit dem Ausspruch zitiert: "Allein schon durch die Tatsache, Teil einer Masse zu sein, steigt der Mensch auf der Leiter der Zivilisation um mehrere Stufen herab." (S. 182)

2) Goetzeler, ZStW 63, 106.

3) Kern, S. 184.

4) Th.M. Newcomb, Sozialpsychologie, S. 554; H. Mannheim, Comparative Criminology II, S. 644 ff.; Hanscarl Leuner, Über Wandel der psychischen Massenphänomene, in: Massenwahn in Geschichte und Gegenwart, S. 99, 103; vgl. auch Tiedemann, JZ 68, 761, 764. (Fortsetzung)

Nach HOFSTÄTTER ist das "Fabelwesen"[1] der chaotischen Masse[2] ein Produkt von Kulturkritik, nicht von wissenschaftlicher Psychologie und Soziologie.[3]

Die Thesen der Massenpsychologie gelten heute bestenfalls als Hypothesen, die nicht verifiziert, sondern konstruiert sind.[4]

2. Abgesehen von dem fragwürdigen wissenschaftlichen Wert zeigt LE BONs Massenpsychologie sehr bedenkliche Züge: In grob karikierenden Kapiteln über die "Wählermasse" und die "Parlamentsversammlungen"[5] erweist sich unverhüllt eine antidemokratische Tendenz, ferner die Haltung eines Kulturpessimisten und Menschenverächters. Die antidemokratische Tendenz wird von einer der Gesellschaft vor dem Weltkrieg I weithin innewohnenden Sozialistenfurcht begleitet.[6] I d e o l o g i s c h e B a s i s der Massenpsychologie bildet bei LE BON eine eigenartige Rassenlehre,[7] welche für eine gewisse Geistesströmung der damaligen Zeit symptomatisch war.

(Fortsetzung)

5) Hofstätter, Gruppendynamik, S. 10.
6) a.a.O., S. 178.

---

1) a.a.O., S. 7.

2) Le Bon, S. 6: "Ist das Gebäude einer Kultur morsch geworden, so führen die Massen seinen Zusammenbruch herbei."

3) K.S. Sodhi, Kölner ZSS n.F. Jg. 10 (1958), S. 212 f.

4) a.a.O., S. 11.

5) a.a.O., S. 150 ff. So polemisiert Le Bon gegen das gleiche Stimmrecht, S. 158.

6) a.a.O., S. 3 f.

7) passim. "Die Völker werden vor allem durch die Rassenseele geleitet, d.h. durch die Ansammlung von Erbmasse, deren Summe diese Seele bildet", S. 161. Ferner: "Die Rassenseele stellt die Stufe der Kultur, die Massenseele die Stufe der Barbarei dar." S. XXIV.

Die Thesen LE BONs über die "sog. verbrecherische Masse" fußen hauptsächlich auf Beispielen der französischen Revolution;[1] als tieferen Grund der vernichtenden Abwertung der Masse verraten sie die Angst des Bürgertums um die Jahrhundertwende vor einer erneuten Revolution.[2]

3. Die moderne Sozialpsychologie lehnt besonders die Vorstellung von Hypnose und Rauschzustand der Massenmitglieder ab; sie gesteht allenfalls quantitative, aber nicht mehr qualitative Unterschiede zwischen dem Handeln des einzelnen allein und in der Masse zu.[3]

Ferner zeigt sich die sehr geringe Gefährlichkeit der Mitläufer, der Neugierigen und Zuschauer.[4] Das Verhältnis zwischen der aktiven Minderheit und der passiven Mehrheit der Mitläufer, ist im wesentlichen konstant.[5] Auch die Annahme, Mitläufer würden von den Rädelsführern zu gewalttätigem Handeln durch eine Art Ansteckung verleitet, trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu.[6] Diese Feststellung ist wichtig für die Frage nach der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Anwesenheitsbestrafung.

---

1) Aus diesem Anschauungsobjekt folgert auch Scheuch, A-Prot. VI, 158 "eine gewisse Einschränkung der Gültigkeit dieser Theorien".

2) Revolutionsexzesse sollen nicht geleugnet werden. Es ist jedoch gerade das Ziel einer freiheitlichen, demokratischen Staatsordnung, Unterdrückung eines Volksteiles und Ansammlung einer revolutionserzeugenden Aggression von vornherein zu verhindern.

3) H. Mannheim II, 647. Ähnlich Sieber, A-Prot. VI, 183: "Die Annahme einer spezifischen immanenten Gefährlichkeit von Personenmehrheiten ist irrig."

4) G. Kaiser, Randalierende Jugend, 1959, S. 220.

5) H. Mannheim II, 648.

6) Vgl. Tiedemann, JZ 68, 763.

Eine Meinung der Sozialpsychologie betont besonders den Umstand, daß der einzelne auch in einer großen Menge sich stets in Interaktion mit einer kleineren Gruppe innerhalb der gesamten Menge befindet.[1] Die Gruppe kann den einzelnen nach dieser Meinung nicht nur zur Begehung von Aktionen anreizen, sondern im gleichen Ausmaß auch von unüberlegten Aktionen zurückhalten.[2] Die Personenmehrheit produziert ebensoviel soziale Kontrolle, wie sie zusätzliche Gefährdung bringt.[1] Die Möglichkeit der Begehung von Straftaten und damit die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit wird durch Personenmehrheiten im Vergleich zu einzeln auftretenden Personen nicht erhöht, sondern lediglich modifiziert.[1]

Eine interessante Mittelmeinung in der Sozialpsychologie verneint die von der Massenpsychologie befürchtete extreme Gefährlichkeit einer Menschenmenge zumindest für Länder hohen Zivilisationsgrades.[3] Nach H. MANNHEIM[4] verhält sich eine Menge in nördlichen Ländern anders als in mediterranen; auch spielt die politische Tradition (Demokratie oder totalitäres Regime) eine Rolle.

---

1) Sieber (Psychologe der Münchner Polizei), A-Prot. VI, 183.

2) Für die Polizei ergibt sich daraus die Aufgabe, sich in Demonstrationen einzugliedern und die soziale Kontrolle in Richtung auf gesetzestreues Verhalten zu verstärken.

3) Scheuch, A-Prot. VI, 175.

4) H. Mannheim II, 646.

Kapitel 11:

VERFASSUNGSWIDRIGKEIT DER STRAFBARKEIT DER BLOSSEN ANWESENHEIT

I. Gefährlichkeit der Anwesenheit

1. Gründe der Anwesenheitsbestrafung

Die Gefahr, die von der reinen Anwesenheit in gewalttätigen Menschenmengen ausgeht, wird darin gesehen, daß sich die friedlichen Anwesenden von der Gewalttätigkeit a n s t e c k e n lassen könnten. Daneben befürchtet man, die Anwesenden würden den Gewalttätigen sozusagen als Publikum dienen und sie dadurch teilweise erst zu ihren Taten hinreißen.[1)]

Ferner wird als Strafgrund die S c h u t z f u n k t i o n der bloß Anwesenden hervorgehoben.[2)] Ein Ring von Unbeteiligten kann die Arbeit der Polizei erschweren, an die Gewalttäter selbst heranzukommen.[3)] Weiterhin kann der Ring der Unbeteiligten die Beweissicherung und die übrigen Strafverfolgungsmaßnahmen, die Gewalttäter betreffend, beeinträchtigen.

Schließlich wird die Notwendigkeit der Anwesenheitsbestrafung mit der Schwierigkeit begründet, Tätern in einer Menge ihre Tat nachzuweisen. B e w e i s s c h w i e r i g k e i t e n sollen also das Bestehen eines Auffangtatbe-

1) Maurach, BT § 69 I B.

2) Lossos, ZRP 70, 47.

3) Kritik an dieser sog. "Spiegelei-Theorie" übt Polizeipsychologe Sieber, A-Prot. VI, 181.

standes rechtfertigen für diejenigen, denen das Begehen von Gewalttätigkeiten nicht nachgewiesen werden kann.[1)]

2. Beurteilung der Gründe

Die Gründe für die Anwesenheitsbestrafung leiten sich vornehmlich aus der sog. M a s s e n p s y c h o l o g i e ab. Diese wurde jedoch von der modernen Sozialpsychologie, wie bereits dargelegt,[2)] weitgehend angefochten, widerlegt oder zumindest eingeschränkt.[3)]

a) Besonders die A n s t e c k u n g s t h e s e hat sich als unbewiesene Behauptung herausgestellt.[2)] Sie ließe sich auch kaum mit einem demokratischen Staat vereinbaren, in dem die Menschen grundsätzlich als vernünftige und mündige Bürger angesehen werden.

Desgleichen trifft die These, die Gewalttäter in einer Demonstration brauchten die passiven Teilnehmer als Publikum, das sie sozusagen wie Fußballspieler in einer Arena anfeuert, höchstens in eingeschränktem Maße zu. Die neuere Taktik der Steinewerfer etc. bei Demonstrationen geht vielmehr dahin, sich in kleine Gruppen von Aktivisten abzusondern, um ungestört von gesetzestreuen Mitläufern (Liberalen) Sachbeschädigungen zu begehen. Dies zeigte beispielsweise die Münchner Kambodscha-Demonstratiom am 8. Mai 1970.[4)]

---

1) Vgl. den Entwurf 1962, BR-Drucksache 200/62, S. 467. Die Argumentation entspricht derjenigen, mit welcher die sog. objektive Strafbarkeitsbedingung gerechtfertigt wird.

2) Siehe Kapitel 10 (Massenpsychologie).

3) Tiedemann, A-Prot. VI, 205, spricht davon, daß wir "über die Psychiatrie und Sozialpsychologie aktivierter Menschenmengen allenfalls Vermutungen haben." Die Beweislast für eine Pönalisierung liegt beim Gesetzgeber, vgl. Kapitel 6, 4. Nichtwissen und Zweifel dürfe nicht auf das strafrechtliche Risiko des Einzelnen gehen: Tiedemann, a.a.O.

4) Vgl. SZ v. 9.5.1970.

b) Nicht generell zu widerlegen ist die These, daß die Anwesenden bei einer gewalttätigen Demonstration das Vorgehen der Polizei gegen die Gewalttäter erschweren. Durch einen Ring von passiven Demonstranten kann die Unterbindung oder die Verfolgung von Straftaten bei großen Menschenansammlungen stark beeinträchtigt werden.

Von diesem Regelfall muß das besondere Verhalten geschieden werden, daß Demonstranten die Arbeit der Polizei bewußt und mit größerer Intensität als durch bloßes Herumstehen behindern. Dies ist etwa der Fall, wenn mehrere Demonstranten zu gleicher Zeit Steinwürfe simulieren, um damit den wahren Steinwerfer zu decken. Auch nach den neuen Strafbestimmungen kann ein solches Handeln als Beihilfe zum Landfriedensbruch bestraft werden.

Von Beihilfehandlungen abgesehen, bleibt eine gewisse S c h u t z f u n k t i o n der Anwesenden unbestreitbar bestehen. Es erhebt sich jedoch die Frage, ob sie eine Kriminalstrafe rechtfertigt.[1] Dabei ist zu berücksichtigen, daß der bloß Anwesende keine Rechts v e r l e t z u n g begeht. Sein Verhalten kann höchstens eine G e f ä h r d u n g von Rechtsgütern darstellen, die in der Möglichkeit liegt, daß durch es die Gewalttätigkeiten anderer eine Förderung erfahren. Diese Förderung erfolgt als Nebenwirkung; sie ist unbeabsichtigt, zumindest läßt sich ein Vorsatz kaum nachweisen.

G e f ä h r d u n g s t a t b e s t ä n d e sind zwar nicht generell entbehrlich oder verfassungswidrig. Es bedarf jedoch einer besonderen Untersuchung, ob die Gefähr-

---

1) Diese Frage stellen die Verteidiger der Anwesenheitsbestrafung nicht, vgl. Dreher, NJW 70, 1153, 1160. Dabei ist sie für ein verfassungsgemäßes Strafrecht entscheidend.

lichkeit so schwer wiegt, daß sie eine Kriminalstrafe rechtfertigt. Der Umstand, daß es sich nur um einen Gefährdungstatbestand handelt, fällt bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Pönalisierung besonders stark ins Gewicht.

II. Der Unrechtsgehalt der Anwesenheit

1. Der Unrechtsgehalt ist - objektiv gesehen - gering, da es sich um keine Rechts v e r l e t z u n g, sondern allenfalls um ein G e f ä h r d u n g s v e r h a l t e n handelt. Und zwar geht die Gefährdung von den bloß Anwesenden höchstens indirekt aus. Die eventuelle Verwirklichung der Gefährdung, d.h. die Begehung der konkreten Straftaten, erfolgt durch andere, eigenverantwortliche Täter.

Der Unrechtsgehalt darf jedoch nicht nur nach der objektiven Gefährlichkeit des Tuns beurteilt werden. Aus dem Umstand, daß "eine unfriedliche Masse auch und gerade wegen der Zahl der Teilnehmer gefährlich ist", ergibt sich entgegen der Meinung DREHERs [1] ein kriminelles Unrecht aller Anwesenden nicht.

Es bedarf eines Eingehens auf die subjektive Situation des Strafadressaten. Der anwesende Neugierige oder friedliche Demonstrant besitzt in der Regel keinen Einfluß auf das Verhalten der Gewalttäter, er kann es nicht verhindern;[2] es wird von ihm auch nicht gefordert. Diesen Anwesenden vermag also lediglich vorgeworfen werden, daß sie sich

---

1) Dreher, Das 3. Strafrechtsreformgesetz und seine Probleme, NJW 70, 1153, 1160, bedauert die Abschaffung der Anwesenheitsbestrafung.

2) Vgl. v. Hardenberg (Polizeipräsident von Bochum), A-Prot. VI, 31.

nach dem Entstehen von Ausschreitungen nicht vom Tatort entfernt haben.

Ein solches Unterlassungsdelikt setzt eo ipso kaum eine kriminelle Energie voraus. Sowohl der Grund der Neugierde für das Verbleiben wie der Wille, sich durch Exzesse anderer nicht an der Fortsetzung der Demonstration hindern zu lassen, sind keine kriminellen Motive. Das Verbleiben mag unvernünftig und schädlich sein; es ist nicht verwerflich. Dem Anwesenden kann kein "sittlicher" Vorwurf gemacht werden.[1)]

Daß diese Qualifikation auch mit der Volksmeinung übereinstimmt, geht aus einer Meinungsumfrage[2)] hervor, wonach 17 % der Befragten die bloße Teilnahme bestraft wissen wollen, 75 % hingegen für Straflosigkeit eintreten (8 % unentschieden).

Dem geringen Unrechtsgehalt der Anwesenheit entspricht nur eine Sanktion als O r d n u n g s w i d r i g k e i t, nicht aber als kriminelle Tat. Die Definition, die das BVerfG[3)] für die Ordnungswidrigkeit im Unterschied zur Straftat gegeben hat, trifft genau auf den Tatbestand der

---

1) Auch der m.E. deplazierte Vergleich mit den organisierten und staatlich geförderten Progromen der Reichskristallnacht kann die Strafbarkeit der Anwesenheit nicht begründen. Denn es ist doch sehr fraglich, welches Verhalten mehr Tadel verdient, das Dabeisein oder das geflissentliche Wegsehen und Weggehen, wenn man Zeuge einer Straftat werden könnte. Vgl. Baumann, A-Prot. VI, 193.

2) Unveröffentlichte Umfrage des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung, mitgeteilt vom Abg. Dr. Müller-Emmert in der 39. Sitzung des 6. Deutschen Bundestages am 18.3.1970, BT-Prot. VI, 1967.

3) BVerfG 4.2.1959, E 9, 167, 171 (§ 23 Wirtschaftsstrafgesetz).

Anwesenheit zu: "Es handelt sich um eine reine Ordnungswidrigkeit. ... Dies bedeutet, daß der Schuldvorwurf hier die Sphäre des Ethischen nicht erreicht. Dem Täter wird - der Idee nach - nicht Auflehnung gegen die staatliche Rechtsordnung in einem grundsätzlichen, mit fehlerhafter Persönlichkeitsentfaltung zusammenhängenden Sinne zur Last gelegt; demgemäß fehlt der Geldbuße der Ernst der staatlichen Strafe. Es liegt ein bloßer Ungehorsam gegen "technisches", zeit- und verhältnisbedingtes Ordnungsrecht der staatlichen Verwaltung vor, auf den diese mit einer scharfen "Pflichtenmahnung" (Erik Wolf) antwortet."[1)]

Die Pönalisierung der Anwesenheit als sog. einfacher Landfriedensbruch (§ 125 I a.F.) oder einfacher Aufruhr (§ 115 I a.F.) widerspricht dem Schuldgrundsatz und verstößt gegen die Menschenwürde.

2. B e w e i s s c h w i e r i g k e i t e n dürfen kein entscheidendes Kriterium für die Gestaltung eines Straftatbestandes sein. Ein Straftatbestand soll so definiert sein, daß er die Schuldigen erfaßt. Die Strafbarkeit darf aber nicht so weit ausgedehnt werden, daß unter vielen harmlosen Anwesenden die Akteure sozusagen zufällig mitgetroffen werden.[1)(] Es geht nicht an, Unschuldige zu bestrafen, weil man anders an die Schuldigen angeblich nicht herankommt. Selbst wenn die Pönalisierung schon weit im "Vorfeld" dem Prinzip einer möglichst intensiven Verbrechensbekämpfung entspräche, verstößt dieser Strafgrund gegen den Grundsatz "nulla poena sine culpa"[2)] und gegen die Menschenwürde.

---

1) Erdsieck, FAZ v. 18.8.1969, S. 2 fürchtet einen "Freibrief für alle", da die wirklichen Täter fast nie zu identifizieren seien.

2) So auch Baumann-Frosch, JZ 70, 113, 121; v. Hardenberg, A-Prot. VI, 31. Beweisschwierigkeiten als Strafgrund verlieren auch an Bedeutung, weil sich Großstädte in zunehmendem Maße Fernsehwagen anschaffen: Baumann-Frosch, JZ 70, 113, 121.

Die weite Ausdehnung der Strafbarkeit eröffnet einen Teufelskreis: Die Anwesenheitsbestrafung zur Vermeidung von Beweisschwierigkeiten führte dazu, auch denjenigen zu bestrafen, der nach Begehung der Gewalttätigkeiten zur Menge stieß.[1] Denn sonst könnte die schwer widerlegbare Behauptung des erst nachträglichen Hinzukommens in vielen Fällen eine Bestrafung verhindern. So gebiert der Wille zur kriminalpolitischen Perfektion eine Strafausdehnung nach der anderen, auf Kosten des Schuldgrundsatzes.[2]

Erst recht gilt die Verfassungswidrigkeit der Anwesenheitsbestrafung, soweit sie als A u f f a n g t a t b e s t a n d fungiert. Bezweckt wird dabei nicht die allgemeine Bestrafung der Anwesenden, sondern nur die Verurteilung der der Gewalttätigkeiten Verdächtigen, wenn die Gewalttätigkeiten selbst nicht nachgewiesen werden können.[3] Der Verstoß gegen den Schuldgrundsatz ist evident.

In ganz besonderem Maße verstößt gegen den Schuldgrundsatz die Ausgestaltung der Anwesenheitsbestrafung als Tatbestand mit o b j e k t i v e r B e d i n g u n g d e r S t r a f b a r k e i t (Kenntnis der Gewalttätigkeiten nicht erforderlich). Denn selbst die Ansicht, die schon in der reinen Anwesenheit in einer Menschenmenge eine kriminelle Handlung erblickt, kann dies jedenfalls nur tun, wenn aus der Menschenmenge Gewalttätigkeiten begangen wer-

---

1) RG 54, 85; Werner, LK § 125, Anm. II 5; gegenteiliger Ansicht Sch-Schr. § 125, Anm. III.

2) Vgl. Baumann-Frosch, JZ 70, 113, 121.

3) Bedenken rechtsstaatlicher Natur gegen § 125 I a.F. als Auffangtatbestand bei Kalsbach, A-Prot. V, 3003, unter Anführung des Beispiels Cohn-Bendit. Vgl. das Urteil gegen diesen des AG Frankfurt v. 27.9.1968, ZRP 69, 21 f.

den. Damit bildet aber die Begehung von Gewalttätigkeiten ein Merkmal, das den Unrechtsgehalt und die Strafbarkeit der Handlung b e g r ü n d e t und deshalb nach dem Schuldprinzip vom Vorsatz umfaßt sein muß.[1)]

III. Strafbedürfnis

1. Geeignetheit der Strafe

Die Geeignetheit der Anwesenheitsbestrafung zur Bekämpfung von gewalttätigen Ansammlungen kann in einem vordergründigen Sinne nicht abgestritten werden: Die energische Bestrafung aller am Tatort Anwesenden läßt die sichere Vermutung zu, dabei auch die eigentlichen Täter und Schuldigen zu treffen.

Schon unter dem Gesichtspunkt der Geeignetheit erhebt sich aber das Bedenken, ob ein undifferenziertes Vorgehen gegen Gewalttätige und friedliche Anwesende zugleich wirklich eine positive Wirkung in der Verbrechensbekämpfung entfaltet. Die Bestrafung vieler (im wesentlichen schuldloser) friedlicher Menschen führt zu einem Propagandaeffekt zu Gunsten der Gewalttätigen, soweit deren Vorgehen irgendwie politisch (im weitesten Sinn) motiviert ist. Denn sie vermag denen, die Gewalttätigkeiten für ein verwendbares Mittel zur Durchsetzung ihrer Wünsche halten, als Beweis für die Brutalität des Staatsapparates und der Notwendigkeit einer Gewalt dienen, welche sich dann als G e g e n g e w a l t darstellen kann.

Wie ein übermäßiger und ungeschickter Polizeieinsatz vermag auch die undifferenzierte Anwesenheitsbestrafung die

---

1) Vgl. oben Kap. 7 II 1 b.

Wirkung hervorrufen, daß sich weitere Teile der Bevölkerung oder einer Bevölkerungsgruppe (Beispiel Studenten) mit gewalttätigen Demonstranten solidarisieren.[1] Es besteht die Gefahr, daß friedliche Anwesende nach dem Motto "wenn schon (Strafe), denn schon" selbst zu Steinen greifen. Der Solidarisierungseffekt erwies sich in der Vergangenheit tatsächlich als starker Faktor zu Gunsten gewalttätiger Demonstranten.[2] "Märtyrer" erreichen oft mehr als die zunächst sich behauptende Macht.

Das Strafrecht sollte dazu dienen, die gefährlichen und schädlichen Täter zu isolieren. Dies kann nur durch sorgfältig abgestufte Strafdrohungen erreicht werden. Die undifferenzierte Anwesenheitsbestrafung erlaubt ein geeignetes Vorgehen gegen Demonstrationstäter nicht.[3] Denn das Legalitätsprinzip, an das Staatsanwalt (§ 152 II StPO) und Polizei (§ 163 I StPO) gebunden sind, verhindert eine (vernünftige) Begrenzung auf gewalttätige Demonstrationsteilnehmer. Die Strafverfolgungsbehörden sind verpflichtet, möglicherweise Tausende von Demonstrationsteilnehmern mit Strafverfahren zu überziehen. Dies geschah in der jüng-

---

1) Vgl. Simon, Freiheitliche Verfassung und Demonstrationsrecht, 1969, S. 12: "Fragwürdige Strafen wecken kein Unrechtsbewußtsein, sondern eher Vorurteile gegen Recht und Rechtsprechung."

2) Einen Solidarisierungseffekt stellte Otto Kirchheimer bei den 3.669.230 Entnazifizierungsverfahren nach dem Weltkrieg II fest. Diese übereifrige Verfahrensweise isolierte nicht die führenden Personen des 3. Reiches von den Mitläufern, sondern knüpfte ein Band der Solidarität zwischen allen Betroffenen. Siehe Kirchheimer, Die Justiz in der Politik, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rud. Smend zum 80. Geburtstag, 1962, S. 97, 104..

3) Ähnlich Bericht des Bundesministers der Justiz vom 5.3.1970 (BT-Drucksache VI, 471) über "Beeinträchtigung von Grundrechten durch gewalttätige Aktionen", abgedruckt in DRiZ 70, 125, 126.

sten Vergangenheit tatsächlich[1] und führte zu einer gewissen Krise der Justiz. Noch schwerere Folgen wurden dadurch vermieden, daß im Verstoß gegen das Legalitätsprinzip in zunehmendem Maße die bloße Anwesenheit nicht mehr verfolgt wurde.

Mit Fug kann man die Geeignetheit eines Gesetzes bezweifeln, wenn eine vernünftige Anwendung nur unter Verletzung anderer Gesetze (§§ 125 II, 163 I StPO) erreicht wird.[2]

Die starken Zweifel an der Geeignetheit der Anwesenheitsbestrafung[3] vermögen für sich allein genommen die Verfassungswidrigkeit der §§ 115 I, 125 I a.F. nicht zu begründen. Denn eine v ö l l i g e Ungeeignetheit des Mittels läßt sich nicht dartun.[4] Das geringe Maß der Eignung wird jedoch bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit stark ins Gewicht fallen.[5]

2. Erforderlichkeit der Strafe

Nach dem Grundsatz der Erforderlichkeit hat die Staatsgewalt stets das mildeste Mittel zur Erreichung eines Zweckes zu benutzen. Neben der Kriminalstrafe besteht vor al-

---

1) Ende 1969 schätzte man die Zahl der anhängigen Verfahren auf rund 10.000, siehe SZ v. 20.11.1969, S. 5. In der 3. Lesung des Reformgesetzes kritisierte der CDU-Abg. Vogel in Verkennung der oben gezeigten Zusammenhänge den "Vorgang ohne Beispiel", daß ein Strafgesetz geändert wird, weil besonders oft gegen es verstoßen wurde. BT-Prot. VI, 1988.

2) Ähnliche Bedenken bei Kalsbach, A-Prot. V, 3003.

3) Simon, Freiheitliche Verfassung und Demonstrationsrecht, 1969, S. 29, kritisiert an der Anwesenheitsbestrafung, daß sie eine für die Demokratie bedenkliche "Zuschauermentalität" begünstige, also den für Obrigkeitsstaaten typischen Ohne-mich-Standpunkt.

4) Wie sie nach der Rechtsprechung des BVerfG erforderlich wäre: vgl. BVerfG 22.5.63, E 16, 147, 181 ff. (Werkfernverkehr).

5) Gentz, NJW 68, 1600, 1603.

lem das Mittel der Ordnungswidrigkeitsahndung.[1] Wegen einer Ordnungswidrigkeit kann keine Freiheitsstrafe verhängt werden, es kommt nur eine Geldbuße in Betracht. Diese Sanktion besitzt nicht den Charakter des sittlichen Vorwurfs und der sozialen Deklassierung wie die Kriminalstrafe.[2] Sie stellt daher ihr gegenüber ein milderes Mittel dar.

Für die Pönalisierung der Anwesenheit in gewalttätigen Ansammlungen werden unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit vor allem zwei Gründe vorgebracht:

a) Kriminalstrafe sei aus Gründen der A b s c h r e k k u n g erforderlich, Geldbuße erfülle diese Funktion nicht. Es errege vielmehr Heiterkeit, wenn die Polizei etwa mit Lautsprechern verkünde, das weitere Verbleiben am Orte könne eine Geldbuße nach sich ziehen.[3]

Abgesehen von der grundsätzlichen Strittigkeit der Abschreckungsfunktion ist die These, die Androhung von Geldbuße entfalte im Unterschied zur Kriminalstrafdrohung keine Wirkung, eine reine Behauptung. Da die Sanktion auf Mitläufer, Neugierige etc. zielt,also nicht auf Täter krimineller Delikte (Gewalttätigkeiten), ist eine Abschreckungswirkung mit der gleichen Wahrscheinlichkeit anzunehmen, wie bei den Ordnungswidrigkeiten des Straßenverkehrsrechts.

---

1) Es ist deshalb unzutreffend, zu sagen, beim Wegfall der Anwesenheitsbestrafung bleibe nur der Polizeiknüppel übrig: Abg. Dr. Pinger (CDU) am 18.3.1970, BT-Prot. VI, 1965. Im übrigen braucht der Polizeieinsatz zur Unterbindung oder Verfolgung einer Ordnungswidrigkeit nicht größer und massiver zu sein, als es hinsichtlich einer Straftat nötig ist. Die unzutreffende Alternative "Anwesenheitsbestrafung oder Gummiknüppel" vertritt auch Fromme, FAZ v. 5.2.1970, S. 2.

2) Vgl. H.J. Bode, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 1969, S. 15 und BVerfG 4.2.1959, E 9, 167, 171 (§ 13 Wirtschaftsstrafgesetz).

3) Abg. Dichgans (CDU), A-Prot. VI, 62.

b) Der zweite Grund, der für die Beibehaltung der Anwesenheitsbestrafung vorgebracht wurde,[1] waren die Polizeigesetze einzelner Länder,[2] die der Polizei bei bloßen Ordnungswidrigkeiten gewisse Mittel des Einschreitens, wie Platzverweis und Gewahrsam, nicht gaben. Dieses Argument stellt jedoch eine Verdrehung der Zusammenhänge dar: Die Qualifizierung eines Tatbestandes darf sich nicht nach den Eingriffsmöglichkeiten der Polizei richten, sondern umgekehrt. Es ist Aufgabe der Länder, ihre Polizeigesetze im Bedarfsfalle zu ergänzen.[3]

Noch weniger stichhaltig erscheint mir der Strafgrund, den Polizeirat Eckert im Demonstrationshearing[4] nannte: "Wenn ein Straftatbestand die gesetzliche Grundlage für das Einschreiten ist, fühlt sich der einzelne Polizeibeamte nicht nur sicherer, dann, glaube ich, ist die gesamte, auch ermittlungsmäßige, Abwicklung dieser Dinge einfacher zu praktizieren." So verständlich auch das Interesse der Polizei ist, so sollten doch für die Androhung einer Kriminalstrafe triftigere Gründe bestehen.

3. Verhältnismäßigkeit der Strafe

a) Die Sanktion muß in einem adäquaten Verhältnis zu Gefährlichkeit und Unrechtsgehalt des Verhaltens stehen.

---

1) Polizeidirektor Pedall (Bayreuth), A-Prot. VI, 56 nennt diesen Grund, obwohl er selbst ausführt, daß nur passives Verweilen nicht als kriminelles Unrecht gewertet werden könne.

2) Bayern, Hessen, Rheinland-Pfalz.

3) Vgl. die Zusammenstellung der Polizeigesetze der Länder und ihrer Vorschriften in A-Prot. VI, 291 ff. (Anlage 1 und 2).

4) A-Prot. VI, 68.

Es muß dabei berücksichtigt werden, daß gewisse, von einer Situation ausgehende Gefahren hingenommen werden müssen (und auch meist hingenommen werden), will man nicht eine lebendige und freiheitliche Entwicklung durch übermäßige Reglementation ersticken.

So werden beispielsweise die 18.000 jährlichen Toten des Straßenverkehrs in der Bundesrepublik stillschweigend akzeptiert, obwohl ihre Zahl durch Maßnahmen wie einschneidende Geschwindigkeitsbegrenzungen, Führerscheinentzug und drakonische Strafen gewiß niedriger gehalten werden könnte. Dieser Tribut wird dem Straßenverkehr in stiller Selbstverständlichkeit dargebracht. Die Existenz und das Funktionieren des Verkehrs wird offensichtlich für wichtiger gehalten als die dann unvermeidlichen Opfer.

Ebenso erfordert auch die Entscheidung für die freiheitliche Demokratie gewisse Risiken und Opfer. Es soll hier nicht der Gewalt das Wort geredet werden. Aber Freiheit wird stets von gewissem Mißbrauch begleitet sein. Solche "Unfälle" dürfen nicht mit hysterischen Maßnahmen beantwortet werden, die die Freiheit in ihrem Wesen bedrohen.[1] Die pauschale Anwesenheitsbestrafung entspricht, um mit dem Bochumer Polizeipräsidenten v. HARDENBERG zu sprechen, der Methode, "alle Grünanlagen abzuholzen, weil sich in ihnen Notzuchtsverbrecher aufzuhalten pflegen".[2]

b) Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit werden die Ergebnisse der vorangegangenen Prüfungen, der Geeignetheit und Erforderlichkeit, herangezogen. Verschiedene Gründe,

---

1) Vgl. Simon, Freiheitliche Verfassung und Demonstrationsrecht, 1969, S. 13, der beklagt, daß sich die Gesellschaft über zerbrochene Fensterscheiben weit mehr erregt, als über die zahlreichen Todesopfer der Verkehrsrowdies.

2) A-Prot. VI, 31.

die gegen die Anwesenheitsbestrafung sprechen, für sich allein aber nicht über das nötige Gewicht verfügen, um die Verfassungswidrigkeit der Norm zu begründen, können sich hier k u m u l i e r e n.

Die bisherige Prüfung hat folgende Ergebnisse gezeitigt:

- Die Gefährlichkeit der bloßen Anwesenheit wurde weit übertrieben.
- Der Unrechtsgehalt der Anwesenheit ist äußerst gering.
- Die Geeignetheit der Kriminalstrafe für die Anwesenheit ist sehr gering.
- Kriminalstrafe ist nicht erforderlich.

c) Sprechen diese Gesichtspunkte kaum für die Strafbarkeit der bloßen Anwesenheit, so hält diese vollends der V e r h ä l t n i s m ä ß i g k e i t s p r ü f u n g nicht stand. Denn es muß der erhebliche Eingriff bedacht werden, den eine Kriminalstrafe (Freiheitsstrafe) in Freiheit und Ehre des Betroffenen bildet. Eine Freiheitsstrafe kann die berufliche Existenz und die persönliche Lebensstellung zerstören.

Die Abwägung der Kriterien pro und contra ergibt die grundsätzliche U n v e r h ä l t n i s m ä ß i g k e i t d e r A n w e s e n h e i t s b e s t r a f u n g. Dies gilt auch für den bloß Neugierigen und alle diejenigen, die nicht vom Versammlungsrecht des Art. 8 Gebrauch machen.

Es kommt deshalb eine T e i l nichtigkeit der §§ 115 I, 125 I a.F. lediglich für die Fälle der Grundrechtsausübung (Art. 5 und 8) nicht in Betracht.[1] Vielmehr sind diese Bestimmungen in toto verfassungswidrig.

---

1) Vgl. Entwurf Küchenhoff / ASJ-Arbeitskreis Münster zur Strafrechtsänderung, abgedruckt in: Demonstrationen, (Fortsetzung)

d) Die Unverhältnismäßigkeit der Anwesenheitsbestrafung ist allerdings in den Fällen, in denen sie die Ausübung des Versammlungsrechts tangiert, besonders evident. Dies folgt aus der Bedeutung, die das Versammlungsrecht und die Meinungsäußerungsfreiheit im demokratischen Staat besitzt.[1)]

Die Anwesenheitsbestrafung belegt jede Teilnahme an einer Demonstration mit einem bedeutenden Risiko. Denn das Ausbrechen von Gewalttätigkeiten kann niemals von vornherein ausgeschlossen werden. Je nach Ausgestaltung des Straftatbestandes (z.B. objektive Strafbarkeitsbedingung) ist das Risiko zwar größer oder geringer. In jedem Fall aber erhält das grundsätzlich Erlaubte durch das generelle Risiko das "Stigma des Verbotenen".[2)]

Wer deshalb der hier vertretenen Ansicht der generellen Verfassungswidrigkeit der Anwesenheitsbestrafung nicht folgen will, muß jedenfalls eine Teilnichtigkeit der §§ 115 I, 125 I a.F. derart annehmen, daß diese Bestimmungen auf Versammlungen (Demonstrationen) - auch nach einer Auflösungsverfügung im konkreten Fall - nicht angewendet werden dürfen.

(Fortsetzung)

...Bonn 1969, S. 84 ff. Hier wird differenziert zwischen Versammlungen, die im Rahmen des GG zur Mitwirkung an der politischen Willensbildung bestimmt sind, und einer sonstigen Menschenmenge. Nur hinsichtlich letzterer ist eine Anwesenheitsbestrafung vorgesehen.

---

1) Siehe Kap. 1 II 2.

2) Tiedemann, JZ 68, 765.

IV. Ergebnis und Ausnahme

1. Die Anwesenheitsbestrafung verstößt gegen die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit[1] sowie in bestimmten Ausgestaltungen gegen die Menschenwürde und gegen das Prinzip "nulla poena sine culpa".

Im besonderen Maße gilt die Verfassungswidrigkeit für die M i n d e s t s t r a f e von drei bzw. sechs Monaten Freiheitsstrafe, welche §§ 125 I bzw. 115 I a.F. vorsahen. Selbst nach einer weniger grundrechtsfreundlichen Meinung als der hier vertretenen waren diese Mindeststrafen nichtig. Denn sie galten für die b l o ß e A n w e s e n h e i t in einer Menge, aus der heraus Gewalttätigkeiten vorgenommen werden, also für ein Verhalten, das i m R e g e l f a l l eine Freiheitsstrafe nicht verdient. Hinsichtlich der Mindeststrafen war also zumindest Teilnichtigkeit der §§ 115 I, 125 I a.F. anzunehmen.[2]

2. Die grundsätzliche Verfassungswidrigkeit der Anwesenheitsbestrafung endet allerdings in Situationen, in denen die öffentliche Sicherheit ein Eingreifen mit den stärksten Mitteln erlaubt und gebietet.

Gedacht ist hier an b ü r g e r k r i e g s ä h n l i c h e Zustände, in denen organisiert wirklich erhebliche Gewalttätigkeiten begangen werden. Dabei kommen vor allem Ausschreitungen b e w a f f n e t e r Haufen in Betracht. Wenn aus einer Menschenmenge mit vereinten Kräften mit Feuerwaffen vorgegangen wird oder etwa zahlreiche lebensgefährliche Explosionskörper geworfen werden, dann erscheint die Bestrafung der Anwesenheit in dieser Menge

1) A.A. Dreher, NJW 70, 1153, 1160.

2) Vgl. oben Kap. 7 II 1 b.

nicht mehr als unverhältnismäßig. Allerdings erfordert der Schuldgrundsatz eine vorherige Aufforderung zum Weggehen, verbunden mit einem Hinweis auf die Strafbarkeit des Verbleibens, wo immer dies möglich ist.

Auch HERZOG[1] hält die Pönalisierung der bloßen Anwesenheit bei e r h e b l i c h e n Gewalttätigkeiten - er nennt 30 geworfene Molotov-Cocktails - für zulässig.

Diese Gewalttätigkeiten der Menge müssen aber wirklich gravierend sein, indem sie unmittelbar Menschenleben gefährden oder tatsächlich Revolutionscharakter tragen. Nur solche exzeptionelle Situationen, vor denen die streitbare Demokratie nicht kapitulieren darf, können es rechtfertigen, mit dem Mittel der Kriminalstrafe gegen sich selbst friedlich verhaltende Anwesende, also gegen im wesentlichen Unschuldige, vorzugehen. Derartige Zustände bestanden jedoch bei den bisherigen Demonstrationen, trotz aller unleugbaren Exzesse, nicht.

---

1) A-Prot. VI, 161 f.

Kapitel 12:

GANG DER REFORM DES DEMONSTRATIONSSTRAFRECHTS

1. Seit Beginn der Demonstrationswelle, also seit etwa Anfang des Jahres 1968, ist die Diskussion um die Reform des Demonstrationsrechts nicht mehr verstummt. Vor dieser Zeit standen die Tatbestände dagegen weitgehend im Schatten anderer Reformbestrebungen (Sexualstrafrecht, politisches Strafrecht i.e.S.).

Der E n t w u r f 1 9 6 2 [1] faßte unter Anlehnung an ältere Entwürfe die Tatbestände des Aufruhrs und des Landfriedensbruchs in einer Bestimmung (§ 295) zusammen. Die einfache Beteiligung an einer Zusammenrottung wird (unter Beibehaltung der objektiven Strafbarkeitsbedingung der Begehung einer Gewalttätigkeit[2] bzw. einer Nötigung zu einer Diensthandlung oder eines Widerstandes (§§ 418 bis 421)) mit Gefängnis bis zu 1 Jahr, Strafhaft oder Geldstrafe bestraft. Gefängnisstrafe bis zu drei Jahren oder Strafhaft droht dem Täter (also dem Anwesenden) bei Kenntnis der Gewalttätigkeiten etc. (§ 295 II).

Neben dem schweren Landfriedensbruch (§ 296) enthält der Entwurf 1962 einen Auflaufstatbestand mit Androhung von Strafhaft oder Geldstrafe, wobei Abs. II und III den Fall der Unrechtmäßigkeit der Aufforderung, auseinanderzugehen, und des Irrtums darüber (Verbotsirrtum) behandeln.

---

1) BT-Drucksache V/32 = BR-Drucksache 200/62; vgl. auch die Zusammenstellung in A-Prot. V/2961.

2) Statt Gewalttätigkeit e n soll schon e i n e Gewalttätigkeit als Strafbarkeitsbedingung genügen. Die Begründung enthält den weiten Gewalttätigkeitsbegriff der Rechtsprechung: BR-Drucksache 200/62, S. 267 f.

Allgemein läßt sich über den Entwurf 1962 hinsichtlich der angesprochenen Normen sagen, daß er außer technischen Verbesserungen (Kodifikation der Rechtsprechung) keine wesentlichen Neuerungen bringt, sondern an der Konzeption des StGB von 1871 festhält.

Der A l t e r n a t i v e n t w u r f verschiedener Strafrechtslehrer beschränkt sich auf die Brennpunkte der damaligen Diskussion:[1] er enthält keine Vorschläge zum Demonstrationsstrafrecht.

2. Auf Grund der Demonstrationswelle des Jahres 1968 und der beginnenden Prozeßlawine rückte die Reform der "Straftaten gegen den Gemeinschaftsfrieden" in den Vordergrund der Strafrechtsreformbemühungen. Es setzte sich die Meinung ziemlich allgemein durch, diese Novellierung müsse wegen ihrer Dringlichkeit schon vor der allgemeinen Reform des Besonderen Teils des StGB erfolgen.

Im Sonderausschuß des 5. Bundestages für die Strafrechtsreform fanden umfangreiche Beratungen statt. Sie fanden ihren Höhepunkt in der fünftägigen Sitzung des Sonderausschusses vom 10. bis 14. März 1969 in Garmisch-Partenkirchen.[2] Die sog. G a r m i s c h e r B e s c h l ü s s e[3] beinhalteten für den Landfriedensbruch eine Kompromißlösung: Es wurde grundsätzlich an der Bestrafung der bloßen Teilnahme an gewalttätigen Demonstrationen festgehalten, nur verlangen zwei zusätzliche Tatbestandsmerkmale eine Störung des öffentlichen Friedens (also nicht ledig-

---

1) Werner Maihofer, Die Reform des Besonderen Teils des Strafrechts, in: Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, 116, 126 f. ("exemplarische Reform").

2) A-Prot. V, 2883-3094.

3) Zusammengefaßt in A-Prot. V, 3398; abgedruckt ferner in FAZ v. 3.4.1969, S. 9.

lich der öffentlichen Ordnung) und ferner eine Förderung der Zusammenrottung durch die Beteiligung des einzelnen.[1)]

Die prinzipielle Bestrafung der bloßen Teilnahme an gewalttätigen Demonstrationen erfährt nach den Garmischer Beschlüssen jedoch eine Milderung durch die Möglichkeit des Gerichts, bei sich lediglich passiv verhaltenden Anwesenden von Strafe abzusehen, sofern die Schuld gering ist (§ 125 II).

Hinsichtlich des Auflaufs sehen die Garmischer Beschlüsse eine Reduktion zu einer Ordnungswidrigkeit (Geldbuße bis DM 1.000.-) vor. Die Rechtmäßigkeit der dreimaligen Aufforderung, auseinanderzugehen, wird zum Tatbestandsmerkmal; hinsichtlich der subjektiven Tatseite genügt jedoch schon das fahrlässige Nichtkennen der Rechtmäßigkeit (§ 116 II).

Die Garmischer Kompromißlösung besaß zunächst die Aussicht, noch im Sommer 1969 von der breiten Mehrheit der großen Koalition (CDU/CSU-SPD) beschlossen zu werden. Bald jedoch zeichnete sich ein zunehmender Widerstand der CDU/CSU gegen die ihr zu weit gehende Reform ab, so daß schließlich - nicht zuletzt wegen des beginnenden Bundestagswahlkampfes - auf Verlangen der CDU/CSU die Reformarbeit abgebrochen wurde.[2)] Das Bestehen der großen Koalition verhinderte andererseits einen Zusammenschluß der reformwilligen Parteien (SPD, FDP) zur Vollendung der Reform noch in der 5. Wahlperiode.

---

1) "Wer durch seine Beteiligung die Zusammenrottung einer Menschenmenge fördert, die den öffentlichen Frieden dadurch stört, daß aus der Menge mit vereinten Kräften Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Sachen oder nach den §§ 113 oder 114 mit Strafe bedrohte Handlungen begangen werden, wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren bestraft." (§ 125 I 1)

2) Abg. Güde in A-Prot. V, 3394.

3. Nach den Bundestagswahlen im Herbst 1969 brachten die Fraktionen der nunmehrigen Regierungsparteien S P D - F D P am 4. Dezember 1969 einen neuen R e f o r m e n t - w u r f ein.[1] Danach wird wegen Landfriedensbruch nur derjenige bestraft, wer "sich als Täter oder Teilnehmer an Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Sachen oder an nach § 113 mit Strafe bedrohten Handlungen beteiligt, die aus einer Menschenmenge in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise mit vereinten Kräften begangen werden" (§ 125 I). Gegenüber den Garmischer Beschlüssen, die die Bestrafung der Beteiligung an einer zusammengerotteten Menschenmenge, sofern diese dadurch g e f ö r d e r t wird, vorsahen, verzichtet der SPD-FDP-Entwurf auf die Pönalisierung der bloßen Teilnahme völlig. Es sollen nurmehr die Täter oder Teilnehmer an Gewalttätigkeiten etc. wegen Landfriedensbruchs bestraft werden.

Hinsichtlich der Umwandlung des § 116 a.F. in eine Ordnungswidrigkeit folgt der Entwurf im wesentlichen den Garmischer Beschlüssen.

4. Einen Höhepunkt erreichte die Diskussion über das Reformwerk in den ö f f e n t l i c h e n A n h ö r u n g e n,[2] welche der Sonderausschuß für die Strafrechtsreform am 12. und 13. Januar 1970 in Bonn abhielt. 33 Sachverständige und Auskunftspersonen antworteten auf einen Katalog von 14 Fragen. Im Mittelpunkt der Erörterungen standen die Bestimmungen des Landfriedensbruchs, des Auflaufs und des Widerstandes gegen die Staatsgewalt. Wie bei der Vielfalt des angehörten Personenkreises[3] nicht anders

---

1) Entwurf eines 3. Gesetzes zur Reform des Strafrechts (3. StrRG), BT-Drucksache VI, 139.

2) A-Prot. VI, 29 ff.

3) Polizeiangehörige, Gewerkschaftsmitglieder, Studenten, Vertreter von Jugendorganisationen, Richter, Strafrechtsprofessoren, Staatsrechtslehrer, 1 Soziologe, 1 Psychologe, Rechtsanwälte.

zu erwarten, spiegelten die Antworten das ganze Spektrum der Ansichten über die Probleme wider. Das Hearing gab eine Fülle von Anregungen und vermittelte ein eindrucksvolles Bild von dem Bemühen des Gesetzgebers um gründliche legislatorische Vorarbeit. Die Divergenz der vertretenen Meinungen ließ jedoch eine E n t s c h e i d u n g s hilfe nicht entstehen.

5. Am 21. Januar 1970 brachte die CDU-CSU-Fraktion im Bundestag einen G e g e n e n t w u r f ein.[1] Er sieht gegenüber dem bis dato geltenden Recht einige Milderungen vor, bleibt aber im wesentlichen hinter den Garmischer Beschlüssen zurück.[2]

6. Mit geringen Änderungen wurde schließlich der SPD-FDP-Entwurf am 18. März 1970 vom Deutschen Bundestag in 3. Lesung gebilligt.[3] Die Verabschiedung erfolgte zusammen mit einem Straffreiheitsgesetz (Amnestie) für Demonstrationstäter gegen die Stimmen der Opposition.[4]

Die Änderung der beschlossenen Fassung gegenüber dem ursprünglichen SPD-FDP-Entwurf besteht aus der Zufügung zweier neuer Tatbestandsvarianten, die einigen Bedenken gegen die Reform Rechnung tragen. Neben Gewalttätigkeiten wurden auch "Bedrohungen von Menschen mit einer Gewalttätigkeit" Tatbestandsmerkmal, ferner ist die Einwirkung auf die Menschenmenge strafbar, "um ihre Bereitschaft zu solchen Handlungen zu fördern" (§ 125 I n.F.).

---

1) BT-Drucksache VI/261; abgedruckt in ZRP 70, 54.

2) Siehe die ausführliche Beurteilung in Kapitel 13.

3) SZ v. 19.3.70, S. 2.

4) Nach den Worten des CDU-Abgeordneten Vogel ist die beschlossene Neufassung "meilenweit" von den Vorstellungen der CDU/CSU entfernt, BT-Prot. VI, 1987.

Trotz dieser Kompromißformulierung lehnte der Bundesrat das Reformgesetz mit den Stimmen der CDU/CSU-geführten Länder zunächst ab, vornehmlich wegen des Verzichts auf die Anwesenheitsbestrafung, und rief den Vermittlungsausschuß an.[1] Dieser Ausschuß von Bundestag und Bundesrat (Art. 77 II GG) bestand mit Mehrheit auf der vom Bundestag beschlossenen Reform.[2] Daraufhin gab der Bundesrat seinen Widerstand gegen das Reformgesetz auf und stimmte ihm am 15.5.1970 zu.[3] Es trat am 22. Mai 1970 in Kraft.

---

1) SZ v. 18./19.4.70, S. 1.

2) SZ v. 30.4./1.5.70, S. 2.

3) FAZ v. 16.5.70, S. 1. Die Meinungsänderung des Bundesrates ist auf eine Schwenkung der Haltung des Landes Baden-Württemberg zurückzuführen; die von der CDU geführte Landesregierung nahm offenbar auf ihren Koalitionspartner SPD Rücksicht.

Kapitel 13:

DER ENTWURF DER CDU / CSU

Die am 22. Mai 1970 in Kraft getretene Neufassung der Straftatbestände gegen den Gemeinschaftsfrieden kam gegen den Widerstand der CDU/CSU zustande.[1] Die Fraktion der CDU/CSU hatte im Deutschen Bundestag einen eigenen Reformentwurf[2] eingebracht. Obwohl er nicht Gesetz wurde, verdient er einige Aufmerksamkeit. Denn angesichts der knappen Mehrheitsverhältnisse im 6. Deutschen Bundestag und der tiefen Abneigung der CDU/CSU gegen die jetzt geltende Neufassung ist eine abermalige Änderung der "Demonstrations"-Strafnormen, dann nach den Vorstellungen dieser Partei, nicht ausgeschlossen.

1. Der CDU/CSU-Entwurf enthält im wesentlichen folgende Änderungen, die gegenüber § 125 a.F. als M i l d e r u n g anzusprechen sind:

a) Die Menschenmenge muß die "ö f f e n t l i c h e S i c h e r h e i t" bedrohen. Es genügt also eine Ordnungsstörung nicht. Die öffentliche Sicherheit ist nur bei Gewalttätigkeiten von gewissem Ausmaß bedroht. Das Tatbestandsmerkmal bewirkt also eine Restriktion des Begriffs der relevanten Gewalttätigkeiten.

b) Die Fassung schließt eine Interpretation der "Gewalttätigkeiten" als o b j e k t i v e S t r a f b a r k e i t s b e d i n g u n g, die nicht vom Vorsatz umfaßt sein muß, aus.

---

1) Siehe Kapitel 12 (Gang der Reform).

2) BT-Drucksache VI/261; ferner abgedruckt in ZRP 70, 54 mit Kritik von H. Frosch; zustimmende Besprechung von Fromme, FAZ v. 5.2.1970, S. 2.

c) Das S t r a f m a ß der einfachen Teilnahme wird von Freiheitsstrafe zwischen 3 Monaten und 5 Jahren auf Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren gesenkt.

d) Polizisten, Journalisten und ähnliche Teilnehmer sind von der Bestrafung ausgenommen, sofern sie "ausschließlich in Ausübung dienstlicher oder beruflicher Pflichten" anwesend sind.

e) Das Gericht kann v o n S t r a f e a b s e h e n, wenn sich der Täter nach Aufforderung unverzüglich aus der Menge entfernt (Abs. III, Ziff. 1) oder wenn der Täter Gewalttätigkeiten weder selbst begangen noch hierzu aufgefordert hat und seine Schuld gering ist (Abs. III, Ziff. 2).

2. Daneben sieht der Entwurf aber auch V e r s c h ä r f u n g e n vor, gegen die große Bedenken bestehen. Der Kreis der die Bestrafung der Anwesenden auslösenden Taten wird auf D r o h u n g e n mit Gewalt ausgedehnt. Dies beinhaltet eine beträchtliche Vorverlegung der Strafbarkeit schon vor den Beginn von Gewalttätigkeiten.

Ferner hält der CDU/CSU-Entwurf an der E i n s c h r ä n k u n g d e s V o r s a t z e r f o r d e r n i s s e s[1] insoweit fest, als ein "Erkennen-Können" der Gewalttätigkeiten für die Bestrafung genügt. Unter dem Gesichtspunkt des Schuldprinzips ist die Erstreckung der Strafbarkeit auch auf die fahrlässige Begehungsweise allerdings unbedenklich.[1]

---

1) Mit der h.L.; vgl. Sch-Schr. Rdnr. 147 zu § 59; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT § 54 I 4.

3. Die unter 1. aufgeführten Entschärfungen im Entwurf der CDU/CSU gegenüber § 125 I a.F. sind aus verfassungsrechtlichen Gründen zu begrüßen. Sie vermögen aber nicht über den Umstand hinwegzutäuschen, daß der Entwurf grundsätzlich an der Anwesenheitsbestrafung festhält. Daran können auch die umfangreichen Möglichkeiten des Gerichts, von Strafe abzusehen, nichts ändern.

Die erste Möglichkeit des Absehens von Strafe (§ 125 III, Ziff. 1) übernimmt den Gedanken des bisherigen Auflaufstatbestandes (§ 116 a.F.) in die Landfriedensbruchsnorm. Das Gericht kann von Strafe absehen, wenn der Betreffende sich nach Aufforderung unverzüglich entfernt. Die Möglichkeit besteht auch hinsichtlich Tätern, die selbst Gewalttätigkeiten begingen, sofern sie nicht unter die Regelung des § 125 a des Entwurfs fallen. Diese nicht gerechtfertigte Gleichbehandlung von Gewalttätigen mit bloß Anwesenden ist das Resultat der verfehlten Aufrechterhaltung der Anwesenheitsbestrafung.

Die zweite Möglichkeit (§ 125 III, Ziff.2) des Absehens von Strafe erfaßt den Großteil der Teilnehmer an einer Demonstration, nämlich diejenigen, die Gewalttätigkeiten weder selbst begehen noch dazu auffordern, und deren Schuld schon deswegen gering ist. Zusammen mit der ersten Alternative umfaßt sie im wesentlichen alle Fälle des sog. einfachen Landfriedensbruchs des § 125 I a.F.[1] Die Strafbarkeit eines Verhaltens ist damit für den Regelfall, also nicht nur für Ausnahmefälle, in das Ermessen des Gerichts gestellt.

---

1) Aus dieser Regelung spricht offenbar das Unbehagen darüber, die generelle Anwesenheitsbestrafung doch beibehalten zu wollen.

Eine solche umfassende Möglichkeit des Gerichts, von Strafe abzusehen, widerspricht Art. 103 II GG. Denn diese Verfassungsnorm fordert nach überwiegender Meinung Bestimmtheit der Strafbarkeit nicht nur hinsichtlich des Tatbestandes, sondern auch hinsichtlich der Strafdrohung.[1)]

Die Strafbarkeit darf nicht generell vom (wenn auch pflichtgemäßen) Ermessen des Gerichts abhängen. Es würde dies eine Aufgabe des Legalitätsprinzips zu Gunsten des Opportunitätsprinzips bedeuten. Außerdem wäre die Einhaltung des Gleichheitssatzes des Art. 3 GG bedroht.[2)]

Aus diesen Gründen darf das Unbehagen an der generellen Anwesenheitsbestrafung nicht durch eine g e n e r e l l e E r m ä c h t i g u n g d e s G e r i c h t s , v o n S t r a f e a b z u s e h e n, ausgeräumt werden, sondern nur durch die g e n e r e l l e A b s c h a f f u n g dieses Straftatbestandes, wie es in der seit 22. Mai 1970 geltenden Neufassung des § 125 geschehen ist.

4. Der Entwurf der CDU/CSU begründet die Beibehaltung der Anwesenheitsbestrafung mit der Erwägung, eine Beschränkung des Tatbestandes auf die aktiv an Gewalttätigkeiten beteiligten Personen würde zum Verlust des für den Landfriedensbruch "typischen Charakters eines Massendeliktes" führen und erscheine deshalb kriminalpolitisch verfehlt.[3)]

---

1) M-D-H Art. 103, Rdnr. 108 (mit Schrifttumsnachweis).

2) H. Frosch stellt in seiner kritischen Besprechung des Entwurfs, ZRP 70, 53, 56, die Frage: "Wie würde sich wohl dieser Absatz auf ein inaktives, aber prominentes SDS-Mitglied auswirken?"

3) BT-Drucksache VI/261, S. 4.

Wie gezeigt,[1] verstößt aber gerade dieser "typische Charakter" der Landfriedensbruchsnorm gegen das Grundgesetz. Deshalb ist § 125 des CDU/CSU-Entwurfes trotz einiger Milderungen gegenüber § 125 I a.F. n i c h t verfassungsgemäß.[1]

1) Vgl. zum CDU/CSU-Entwurf Baumann, "Eine Demonstration gegen Demonstrationen, ZRP 70, 56 f. Baumann meint über den Entwurf: "Difficile est, satiram non scribere."

Kapitel 14:

DIE NEUREGELUNG DES LANDFRIEDENSBRUCHS

§ 125 I n.F. verzichtet auf die Bestrafung der reinen Anwesenheit. Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren droht nur mehr folgenden Tätern:

1. Wer sich an G e w a l t t ä t i g k e i t e n gegen Menschen oder Sachen, die aus einer Menschenmenge in einer die öffentliche Sicherheit gefährdenden Weise mit vereinten Kräften begangen werden, als Täter oder Teilnehmer beteiligt.
2. Wer sich an B e d r o h u n g e n von Menschen mit einer Gewalttätigkeit, die aus einer Menschenmenge in einer die öffentliche Sicherheit gefährdenden Weise mit vereinten Kräften begangen werden, als Täter oder Teilnehmer beteiligt.
3. Wer auf die Menschenmenge einwirkt, um ihre Bereitschaft zu solchen Handlungen zu fördern.

Zu 1.: Beteiligung an Gewalttätigkeiten

Auch nach der Neufassung bleiben einige Auslegungsschwierigkeiten hinsichtlich des Begriffs der Gewalttätigkeiten. Die hierzu für das bisherige Recht vertretenen Meinungen umfassen eine sehr weite Spanne zwischen extrem extensiver und extrem restriktiver Art.[1] Der Grundrechtsschutz der Demonstrationsfreiheit verbietet die Bestrafung geringfügiger Beeinträchtigungen von Personen oder geringfügiger Sachbeschädigungen bzw. Beschädigungen von Sachen geringen Wertes als Landfriedensbruch.[2]

---

1) Siehe Kap. 8 und Kap. 9.

2) Diesem Postulat konnte bereits durch restriktive Auslegung des Begriffs "Gewalttätigkeiten" in § 125 a.F. ent-

(Fortsetzung)

Die Nachwirkung des Grundrechtsschutzes in Verbindung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dem Schuldprinzip verhindert eine Pönalisierung auch dann, wenn die Beeinträchtigungen vom Grundrecht (Güterabwägung!) nicht mehr gedeckt und rechtswidrig sind. Der Gewalttätigkeitsbegriff der a l t e n Landfriedensbruchsbestimmung war deshalb restriktiv auszulegen.[1)]

§ 125 I n.F. enthält nun das z u s ä t z l i c h e Erfordernis, daß die Gewalttätigkeiten in einer d i e ö f f e n t l i c h e S i c h e r h e i t[2)] g e f ä h r d e n d e n W e i s e begangen werden müssen.

Die Neufassung des § 125 schränkt damit die Bestrafung wegen Landfriedensbruchs auf g r a v i e r e n d e F ä l l e k o l l e k t i v e r G e w a l t t ä t i g k e i t e n ein. Dies entspricht dem Wesen des Landfriedensbruches, wie es sich aus der Wortinterpretation "Bruch des Land-Friedens" ergibt. Die Landfriedensbruchbestrafung wird also nicht durch alle aus einer Menschenmenge begangene Gewalttätigkeiten ausgelöst, sondern lediglich durch solche, die - zuzüglich zu den j e w e i l i g e n k o n -

---

(Fortsetzung)

...sprochen werden, vgl. oben Kap. 9 II 1. Zu eventuellen Bedenken aus Art. 103 II ist zu sagen, daß das Strafrecht nicht völlig darauf verzichten kann, allgemeine Begriffe zu verwenden, die im besonderen Maße der Auslegung durch den Richter bedürfen (BVerfGE 26, 41, 42; 11, 234, 237).

---

1) Unbeschadet der hier vertretenen Meinung, daß die Anwesenheitsbestrafung des § 125 I a.F. generell verfassungswidrig war.

2) Der Entwurf der Fraktionen der SPD und FDP hatte eine Gefährdung des "öffentlichen F r i e d e n s" verlangt, BT-Drucksache VI, 139. Diese auf Art. 8 I GG ("friedlich") Bezug nehmende Formulierung wurde jedoch auf Anregung des Innenausschusses des Dt. Bundestages hin (FAZ v. 6.3.1970, S. 6) wegen ihrer Unklarheit fallen gelassen und durch "öffentliche Sicherheit" ersetzt.

k r e t e n Angriffsobjekten - die ö f f e n t l i - c h e S i c h e r h e i t gefährden.

Das Tatbestandsmerkmal der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit wurde wegen seiner U n b e s t i m m t h e i t kritisiert.[1] Sinn und Funktion des Merkmals ergeben sich jedoch deutlich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift des § 125 n.F. Der Gesetzgeber hat dort das gemeinhin mit der öffentlichen Sicherheit in einem Atemzug genannte Merkmal der öffentlichen O r d n u n g bewußt weggelassen.[2] Dadurch soll eine extensive Auslegung des Tatbestandes verhindert werden,[3] die dem Zweck der Neufassung zuwiderliefe.

Wegen der betont restriktiven Funktion des Merkmals der öffentlichen Sicherheit kann zu seiner Interpretation auf die Literatur und Rechtsprechung des Polizeirechts nur sehr bedingt zurückgegriffen werden: Im Polizeirecht wird die Formel der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung" weithin als einheitlicher Begriff aufgefaßt.[4] Wenn zwischen den beiden Begriffen unterschieden wird, dann geschieht dies häufig mit dem Zusatz, daß sich die Begriffe überschneiden.[5] Das von DREWS-WACKE angeführte Beispiel der Gefährdung der öffentlichen Ordnung u n d Sicherheit,

---

1) Schönke-Schröder, 3. Gesetz zur Reform des Strafrechts, München 1970, Rdnr. 12 zu § 125.

2) Vgl. die Diskussion in der 138. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, A-Prot. V, 3017 ff.

3) Abg. Dr. Müller-Emmert, A-Prot. V, 3018.

4) Schiedermair, Einführung in das Bayer. Polizeirecht, 1961, S. 83; König, Allgemeines Polizei- und Sicherheitsrecht in Bayern, 1962, S. 274.

5) Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 1961, S. 74.

nämlich eine Störung der Leichtigkeit des Verkehrs, zeigt, daß der polizeirechtliche Begriff der öffentlichen Sicherheit weiter gefaßt ist als es der Gesetzgeber in § 125 I n.F. im Sinn hatte.

Für die Interpretation des § 125 I n.F. erweist sich ferner die im Schrifttum gerne zitierte Definition der öffentlichen Sicherheit durch den BayVerfGH[1] als "Unversehrtheit von Gesundheit, Ehre, Freiheit und Vermögen sowie der Rechtsordnung und der grundlegenden Einrichtungen des Staates" zu umfassende Generalklausel, da schließlich die "Rechtsordnung" sämtliche Rechtsnormen beinhaltet.

Im Gegensatz zur Polizeirechtslehre schwebte dem Strafgesetzgeber eine deutliche Abstufung zwischen dem Begriff der öffentlichen Sicherheit und dem der öffentlichen Ordnung vor.[2] Durch das Fehlen letzteren Begriffs soll klargestellt werden, daß eine bloße Ordnungsstörung die gewichtige Sanktion des Landfriedensbruchs noch nicht rechtfertigt. Insbesondere lösen Verkehrsstörungen die Strafbarkeit noch nicht aus.[3] Damit können nicht aggressive Sitzstreiks den Tatbestand des § 125 I n.F. nicht erfüllen.

Ferner liegt eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit erst dann vor, wenn die Menge als solche unfriedlich ist und zu Gewalttätigkeiten tendiert.[4] Vereinzelte, von der Grundstimmung der Menge abweichende Gewalttätigkeiten rechtfertigen eine Bestrafung wegen Landfriedensbruchs nicht.

---

1) 13.10.1951, E 4, 194, 205.
2) A-Prot. V, 3021 (LGDir. Horstkotte, BMJ).
3) A-Prot. V, 3018 (MinDirig. Dr. Dreher, BMJ).
4) A-Prot. V, 3019 (MinDirig. Dr. Dreher, BMJ).

Eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit i.S. § 125 I n.F. resultiert schließlich nicht schon aus j e d e r Straftat. Denn damit verlöre dieses Merkmal jede eigene Bedeutung, da Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen stets Straftaten sind. Jedenfalls ist die öffentliche Sicherheit noch nicht durch geringfügige Sachbeschädigungen (Fensterscheiben) oder geringfügige Körperverletzungen (Werfen von Eiern, Früchten, Farbbeuteln) bedroht.
SCHRÖDER[1] sieht die öffentliche Sicherheit dann als gefährdet an, "wenn in der A l l g e m e i n h e i t d a s G e f ü h l d e r S i c h e r h e i t vor Gewalttätigkeiten randalierender Mengen beeinträchtigt wird, und der Eindruck der Schutzlosigkeit entsteht, weil entweder staatliche Hilfe nicht vorhanden oder der Staat seiner Aufgabe, den einzelnen und seine Rechtsgüter zu schützen, nicht gewachsen sein könnte."

Durch das zusätzliche Erfordernis der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit entfällt die v e r f a s s u n g s r e c h t l i c h e Notwendigkeit, den Begriff der Gewalttätigkeiten in verfassungskonformer Auslegung r e s t r i k t i v zu interpretieren,[2] wie es hinsichtlich § 125 v o r der Neufassung der Fall war.

Dies gilt jedoch lediglich für den Fall, daß das Merkmal der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit in der geschil-

---

1) op.cit.Rdnr. 12 zu § 125.

2) Bereits am Wortlaut des § 125 n.F. (Gewalttätigkeit e n, Bedrohung e n) dürfte die Meinung Drehers scheitern, schon e i n e Gewalttätigkeit oder Drohung erfülle den Tatbestand des Landfriedensbruchs: Dreher, Kommentar zum StGB, 32. Auflage 1970, Anm. 2 zu § 125.

derten Weise ausgelegt wird. Der restriktiven Funktion des Merkmals wird die von DREHER[1] gegebene Definition nicht voll gerecht, es müsse "für unbestimmte Personen oder Sachen die Gefahr eines Schadens" eintreten. Sowohl DREHER wie SCHRÖDER lassen eine Erwähnung der eindeutigen gesetzgeberischen Intention in dieser Frage vermissen.

Im Falle einer weniger restriktiven Auslegung des Merkmals der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit lebt indessen das Erfordernis wieder auf, die verfassungsrechtlich geforderte Einschränkung der Landfriedensbruchsbestrafung über die Interpretation des Begriffs der Gewalttätigkeiten zu erreichen, wie dies v o r der Neufassung von § 125 der Fall war.

Zu 2.: Beteiligung an Bedrohungen mit Gewalttätigkeiten

§ 125 I n.F. enthält als Novum die Variante der Teilnahme an "B e d r o h u n g e n v o n M e n s c h e n m i t e i n e r G e w a l t t ä t i g k e i t". Diese Strafdrohung war im ursprünglichen Gesetzentwurf der SPD und FDP nicht enthalten.[2] Sie kommt offensichtlich den Stimmen entgegen, die gegen eine Beschränkung der Landfriedensbruchsbestrafung auf die reinen Gewalttäter Bedenken tragen. Die Variante geht auf Anregung des Strafrechtsausschusses des Deutschen Richterbundes zurück.[3]

---

1) op.cit. Anm. 2 zu § 125.

2) BT-Drucksache VI, 139.

3) Vgl. A-Prot. VI, 219. Es sollen damit die bisher unter § 115 a.F. fallenden Bedrohungen von B e a m t e n mit Gewalt erfaßt werden, doch enthält die neue Formulierung "Bedrohungen von M e n s c h e n" eine Erweiterung der Strafbarkeit.

Mit der neuen Formulierung wird die Strafbarkeit vorverlegt, nämlich schon vor den Beginn der Gewalttätigkeiten. Es war zeitweise auch erwogen worden, den V e r s u c h des Landfriedensbruchs unter Strafe zu stellen, doch hatte man davon wieder Abstand genommen. Die gegenwärtige Formulierung zielt ersichtlich in die selbe Richtung.

Der Begriff "Bedrohung" gibt nicht unbeträchtliche Interpretationsschwierigkeiten auf. Der Tatbestand ist eingeschränkt auf Bedrohungen "von Menschen". Es werden also nur angedrohte Gewalttätigkeiten gegen Menschen, nicht aber solche gegen Sachen, erfaßt. Leben, Leib oder Freiheit von Menschen müssen bedroht werden.

Unter Bedrohungen versteht man die Ankündigung bevorstehender Gewalttätigkeiten. Sofern diese Ankündigung expressis verbis gemacht wird, bietet der Fall wenig Schwierigkeit. Die Bedrohungen sind evident, wenn die Menge sie durch Sprechchöre oder Wortführer artikuliert.

Schwieriger wird das Problem, wenn sich die Bedrohungen aus einem k o n k l u d e n t e n [1] Verhalten ergeben. Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten muß es jedenfalls vermieden werden, daß sich durch eine w e i t e A u s l e g u n g dieser Tatbestandsvariante eine r e i n e A n w e s e n h e i t s b e s t r a f u n g e i n s c h l e i c h t. Eine allgemein bedrohliche, feindselige Haltung der Menge, etwa gegenüber einem Polizeikordon, genügt zur Tatbestandserfüllung nicht. Aus den Bedrohungen muß konkret ersichtlich sein, welche Gewalttätigkeiten gegen welchen Personenkreis angedroht werden. Strafbar ist auch in diesem Fall nur, wer sich über die reine Anwesenheit in der bedrohlichen Menge hinaus an den Bedrohungen selbst beteiligt.

---

1) Vgl. Sch-Schr., 3. Strafrechtsreformgesetz, Rdnr. 19 zu § 125.

Zu 3.: Einwirken auf die Menschenmenge

Ebenfalls neu ist die Strafdrohung gegen denjenigen, der "auf die Menge einwirkt, um ihre Bereitschaft zu solchen Handlungen zu fördern". Unter "solchen Handlungen" sind die vorerwähnten Gewalttätigkeiten und Bedrohungen zu verstehen.

Der ursprüngliche Entwurf der Fraktionen der SPD und FDP enthielt diesen Passus nicht. Er geht vielmehr auf eine Anregung des Innenausschusses des Bundestages[1] und auf die Empfehlung des Strafrechtsausschusses des Deutschen Richterbundes[2] zurück. Die Tatbestandserweiterung bedeutet ein Entgegenkommen gegenüber den Abgeordneten, die der Beschränkung der Landfriedensbruchsbestimmung auf Gewalttätigkeiten skeptisch gegenüber stehen.

Der Inhalt der neuen Variante war allerdings selbst unter den Vertretern der Regierungsparteien anscheinend kontrovers:[3] Nach Äußerung der Abg. Dr. Diemer-Nicolaus[4] verdeutlicht der Passus lediglich die Strafbarkeit der Teilnehmer, die auch bereits nach den allgemeinen Teilnahmebestimmungen unter Strafdrohung stehen. In dieser Interpretation besitzt die Variante nur d e k l a r a t o r i s c h e Bedeutung; sie weist darauf hin, daß beispielsweise auch die psychische Einwirkung durch entsprechende Zurufe Anstiftung oder Beihilfe sein kann.

---

1) FAZ v. 6.3.1970, S. 6.

2) Abgedruckt in A-Prot. VI, 261, 262. Vgl. auch den Bericht von MinDir. Dr. Sturm, BMJ, in A-Prot. VI, 219.

3) Auch wenn dies geleugnet wurde. Vgl. BT-Prot. VI, 1972 (Abg. Dr. Diemer-Nicolaus, FDP).

4) BT-Prot. VI, 1971.

Eine w e i t e r g e h e n d e Interpretation vertrat hingegen der Abg. Dr. de With. Seiner Meinung nach zielt die Tatbestandsfassung auf die sog. "Anheizer", worunter diejenigen zu verstehen sind, "die zwar Gewalthandlungen wollen, aber noch nicht wissen, durch wen, wann, wo und wie sie eintreten, weshalb das geltende Recht sie weder als Täter noch als Teilnehmer fassen" könne.[1)]

Bei Anwendung der letztgenannten Ansicht kann an die Fälle der Anstiftung gedacht werden, in denen der (angestiftete) Gewalttäter ohnehin zur Tat entschlossen war, ferner in denen nicht nachzuweisen ist, ob die Zurufe des Anstifters einen Tatentschluß in einem Täter hervorgerufen hat (Kausalität), oder in denen sich schließlich die Anstiftung nicht, wie erforderlich, auf eine bestimmte Straftat bezieht, sondern nur allgemein zu strafbaren Handlungen auffordert.[2)]

Es gibt also durchaus Fälle, in denen Täter, ohne selbst Gewalttätigkeiten zu begehen bzw. Anstifter oder Gehilfe hierbei zu sein, die Begehung von Gewalttätigkeiten fördern.[3)] Die Tatbestandsvariante besitzt also n i c h t n u r d e k l a r a t o r i s c h e Bedeutung.

Allerdings ist die Formulierung "Einwirken auf die Menschenmenge, um ihre Bereitschaft zu solchen Handlungen zu

---

1) BT-Prot. VI, 1947.

2) Vgl. Sch-Schr. § 48, II und III. Vgl. ferner § 111 I n.F., wonach die öffentliche Aufforderung zu einer (bestimmten) mit Strafe bedrohten Handlung wie Anstiftung bestraft wird. Ähnlich Sch-Schr., 3. Strafrechtsreformgesetz, Rdnr. 26 zu § 125.

3) Abg. Benda (CDU/CSU) kritisierte die Formulierung als entweder inhaltsleer oder schwammig, BT-Prot. VI, 1972.

fördern", reichlich u n b e s t i m m t. Mit Recht hat der Abg. Benda vor der Gefahr eines Mißbrauchs der Klausel gewarnt.[1)]

Die Formulierung könnte etwa zu der Auslegung verleiten, wonach Redner, die bei Demonstrationen in legaler Weise beispielsweise gegen die Regierungspolitik sprechen, sich des Landfriedensbruchs schuldig machen, wenn es später zu Gewalttätigkeiten kommt. Es besteht also die Gefahr, Äußerungen zu dem (legalen) Demonstrationszweck als "Einwirkungen auf die Menschenmenge" i.S. des Gesetzes zu qualifizieren. Diese Auslegung muß jedoch vermieden werden. Denn sie würde jede Aktivität in einer Demonstration mit dem Risiko belegen, beim späteren Ausbruch von Gewalttätigkeiten als Landfriedensbruch bestraft zu werden. Wer etwa die Politik eines Landes anläßlich einer Demonstration vor dessen Botschaftsgebäude anprangert, darf nicht dafür zur Rechenschaft gezogen werden, daß sich Demonstrationsteilnehmer zu Gewalttätigkeiten hinreißen lassen. Eine solche Gesetzesauslegung und -anwendung verstieße gegen Art. 5 und 8 GG.

Aus dem Zweck der Reform von 1970, nämlich der Anpassung des Demonstrationsstrafrechts an das Grundgesetz[2)] durch Einschränkung der Strafbarkeit ergeben sich Anhaltspunkte für die Interpretation. Obwohl nach dem Wortlaut auch eine extensive Interpretation in Frage kommt, ist sie in verfassungskonformer Auslegung ausgeschlossen.[3)] Es be-

---

1) BT-Prot. VI, 1971.

2) Begründung des Gesetzentwurfes der Fraktionen der SPD und FDP, BT-Drucksache VI, 139, S. 4.

3) Wegen dieser verfassungsrechtlich vorgeschriebenen restriktiven Interpretation reichen m.E. die Bedenken gegen die Fassung der Einwirkungs-Variante nicht aus, um die Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit wegen Unbestimmtheit (Art. 103 II GG) zu rechtfertigen.

darf einer restriktiven Auslegung,[1] die insbesondere verhindert, daß die Anwesenheitsbestrafung sozusagen durch die Hintertüre wieder hereinkommt.[2]

§ 125 I n.F. verlangt objektiv eine Einwirkung auf die Menschenmenge, die über die reine Anwesenheit hinausgeht, und die ferner nicht in der Verfolgung legaler Ziele bestehen darf.[3] Letzteres muß auch für den Fall gelten, daß das legale Verhalten, etwa eine flammende Rede, als N e b e n w i r k u n g die Menschenmenge so erregt, daß aus ihr Gewalttätigkeiten hervorbrechen. Die Rede muß deutlich zu Gewalttätigkeiten auffordern. Dies kann ausdrücklich geschehen, aber auch konkludent, wenn der Redner beispielsweise seine aufhetzend wirkenden Äußerungen fortsetzt, obwohl er sieht, daß aus der Menge Gewalttätigkeiten begangen werden. In diesem Falle besteht für den Redner die Verpflichtung, sich von den Gewalttätigkeiten zu distanzieren, will er sich nicht strafbar machen.

Ausdrückliche Einwirkungen i.S. des Gesetzes können in Äußerungen gesehen werden wie "Gebt's den Bullen, laßt euch von denen nichts gefallen" oder "Zeigt doch der Polizei, wer hier der Stärkere ist", sofern die Situation einen entsprechenden Kontext bildet. Denn da der Tatbestand

---

1) Siehe Kapitel 4 III 2.
Den Versuch einer e x t e n s i v e n Auslegung, sogar gegen den Wortlaut des Gesetzes, stellt beispielsweise die Ansicht Schröders (Sch-Schr., 3. Strafrechtsreformgesetz, Rdnr. 26 zu § 125 n.F.) dar, die Einwirkung auf die Menge, um die Bereitschaft zu Ausschreitungen zu "f ö r d e r n", setze eine bei der Menge bereits bestehende entsprechende Bereitschaft n i c h t voraus.

2) Vgl. den vom Abg. Benda (BT-Prot. VI, 1971) geschilderten Fall des Menschen, der immer dann in Erscheinung tritt, wenn es zu Gewalttätigkeiten kommt. "Er steht also in einem gewissen Geruch. Der ist also in einer Veranstaltung da und tut folgendes: er lehnt an einem Baum, hat auch noch die Hände in den Taschen, trägt einen uns allen bekannten Namen, außerdem lange Haare, und was
(Fortsetzung)

eine "Förderung" der Bereitschaft der Menge als Absicht fordert, muß in der Menschenmenge schon eine gewalttätige Stimmung vorhanden sein, um die Strafbarkeit der "Einwirkung" auszulösen. Andernfalls ist die Strafdrohung des Landfriedensbruchs mangels Gefährlichkeit des Verhaltens nicht zu rechtfertigen.

Es genügt ferner nicht ein Einwirken zu Verhaltensweisen, die zwar nicht legal sind, die jedoch keine Gewalttätigkeiten bzw. Bedrohungen damit darstellen. Wer beispielsweise eine versammelte Menge trotz Ergehens einer (rechtmäßigen) Auflösungsverfügung zum Verbleiben auffordert, erfüllt den Tatbestand des Landfriedensbruchs nicht, auch wenn aus der Menge anschließend Gewalttätigkeiten begangen werden.

Zusammenfassend sei somit betont, daß die Interpretation besonders der Einwirkungsalternative stets den Zweck der Reform im Auge behalten muß, damit die neue Fassung des § 125 nicht in Wirklichkeit "Steine statt Brot"[1)] gibt.

(Fortsetzung)

...das Schlimmste ist, ein bestimmtes Lächeln auf den Lippen. Durch diese Summierung in einem bestimmten Verhalten heizt er die Leute an. Die sehen ihn da, und dann stürzen sie voller Wut oder Begeisterung auf die nächste Fensterscheibe und zerschmeißen sie ..." Benda hält die Strafbarkeit dieses Mannes als Anheizer für "völlig abwegig".

3) Lackner, A-Prot. VI, 204, verlangt Handlungen, die eine Identifizierung mit der unfriedlichen Menge erkennen lassen.

---

1) Dreher, NJW 70, 1153, 1159.

ERGEBNIS

Mit der Abschaffung der sog. Anwesenheitsbestrafung in §§ 115 I, 125 I a.F. beseitigte der Gesetzgeber einen verfassungswidrigen Zustand.[1] Er erfüllte somit eine "verfassungsrechtliche Notwendigkeit".[2] Die Neuregelung betrachtet sich als D u r c h f ü h r u n g d e s S c h u l d p r i n z i p s, wonach nur k r i m i n e l l e s Unrecht mit Strafe bedroht sein soll, alles andere höchstens Geldbuße nach sich ziehen kann.[3]

Daneben berücksichtigt die Neuregelung das sich aus der demokratischen Ordnung des Grundgesetzes ergebende Verbot, kollektives Handeln allein wegen des k o l l e k t i v e n C h a r a k t e r s überhaupt oder schärfer zu bestrafen.[4] Dies gilt insbesondere für ein Verhalten in Demonstrationen, das sich im Grenzbereich zwischen Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit bewegt und damit jedenfalls noch einer Nachwirkung des Grundrechtsschutzes unterliegt.

Die Neuregelung schuf k e i n S o n d e r r e c h t f ü r D e m o n s t r a n t e n, wie teilweise befürchtet wurde.[5] Im Gegenteil, sie beseitigte lediglich Son-

---

1) Siehe Kapitel 11.

2) RA Raabe in der öff. Anhörung des Sonderausschusses am 13.1.1970, A-Prot. VI, 199.

3) Abg. Dr. de With am 18.3.1970, BT-Prot. VI, 1947.

4) Vgl. die beispielhaften Ausführungen des OLG Frankfurt/Main, Urteil v. 22.9.1969, 1 Ss 337/69, abgedruckt in FAZ v. 23.10.1969, S. 27.

5) So G. Erdsieck, Die gewalttätige Demonstration im Rechtsstaat, FAZ v. 18.8.1969, S. 2. Vom "Sonderrecht für Studenten" sprach Senatspräs. Baldus in der mündl. Begründung des BGH-Urteils v. 8.8.1969 (Läpple), laut Frankfurter Rundschau v. 9.8.1969.

derbestimmungen, welche sich im wesentlichen g e g e n Demonstrationen richteten.

Kriminelle Handlungen in Demonstrationen bleiben nach den jeweiligen Strafgesetzen weiterhin strafbar. Soweit die Landfriedensbruchsbestrafung aufrechterhalten wurde, beschränkt sie sich auf g r a v i e r e n d e H a n d l u n g e n u n d d i e d a r a n a k t i v B e t e i l i g t e n. Wegen der Gefährlichkeit ihres Verhaltens müssen sich diese Personengruppen die besondere Strafdrohung der Landfriedensbruchsbestimmung weiterhin gefallen lassen. Hiergegen können wegen des eindeutig kriminellen Charakters des unter Strafe gestellten Verhaltens aus dem Demonstrationsgrundrecht, Demokratiegebot und Schuldgrundsatz keine Einwände mehr erhoben werden.

Es erhebt sich lediglich die Frage, ob angesichts der Strafnormen der Körperverletzung, Nötigung, Sachbeschädigung etc. § 125 in der derzeitigen Form nicht ü b e r f l ü s s i g sei.[1)]

Die Verfassungsmäßigkeit der Neufassung des § 125 ist jedoch grundsätzlich gegeben. In Anbetracht der beträchtlichen Interpretationsbedürftigkeit des Tatbestandes muß jedoch durch eine den Sinn der Reform beachtende I n t e r p r e t a t i o n verhindert werden, daß die Anwesenheitsbestrafung nicht sozusagen durch die Hintertüre wieder Einlaß gewinnt.

---

1) So Baumann, A-Prot. VI, 193 und Lackner, A-Prot. VI, 203.

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS:

ANSCHÜTZ, Gerhard	Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl., Berlin 1933
ARNDT, Adolf	Das Wesen des Landfriedensbruchs, ZStW Bd. 53 (1934), S. 216
-	Zur Güterabwägung bei Grundrechten (Art. 5 GG), NJW 1966, 869
BACHOF, Otto	Freiheit des Berufs, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte III/1, S. 155
BADURA, Peter	Generalprävention und Würde des Menschen, JZ 64, 337
-	BVerfG und Wirtschaftsverfassung, AöR Bd. 92 (1967), S. 382 ff.
BAUMANN, Jürgen	Strafrecht Allg. Teil, 5. Aufl., Bielefeld 1968
-	Eine Demonstration gegen Demonstrationen, ZRP 1970, 56
BAUMANN-FROSCH	Der Entwurf des 3. Strafrechtsreformgesetzes, JZ 70, 113
BAYER, Hermann-Wilfried	Staatsbesuch und politische Demonstration, DÖV 1968, 709
BECK, Raimund	Verfassungsaufhebung durch Verfassungsausschöpfung, JZ 1968, 47
BEMMANN, Günter	Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, Göttingen 1957
BENDER, B.	Inhalt und Grenzen des Gebots der verfassungskonformen Gesetzesauslegung, MDR 1959, 441
BERG, Wilfried	Konkurrenzen schrankendivergierender Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes, Berlin - Frankfurt 1968
BERNHARDT, Rudolf	Entwicklung zum demokratischen Rechts- und Sozialstaat, in: R. Wiethölter, Rechtswissenschaft, Frankfurt 1968, S. 321 ff.
BETTERMANN, Karl August	Grenzen der Grundrechte, Berlin 1968
-	Die allgemeinen Gesetze als Schranken der Pressefreiheit, JZ 1964, 601

BOGS, Harald	Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, Stuttgart 1966
LE BON	Psychologie des foules, Paris 1895: deutsch: Psychologie der Massen, Stuttgart 1951
BURMEISTER, Joachim	Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, Berlin - Frankfurt 1966
CAFLISCH	Der Landfriedensbruch, Diss. Bern 1923
COPIĆ, Hans	Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art, Tübingen 1967
DAHRENDORF, Ralf	Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, 1968
DELIUS, Hans	Art. 123 und 124, Versammlungs- und Vereinsrecht, in: Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung (ed. Nipperdey), Stuttgart - Köln 1930, S. 138 ff.
DENNINGER, Erhard	Demonstrationsfreiheit und Polizeigewalt, ZRP 1968, 42
-	Zwölf Thesen zur Demonstrationsfreiheit, DRiZ 1969, 70
-	Zum Begriff des "Wesensgehalts" in der Rechtsprechung (Art. 19 II GG), DÖV 1960, 812
DIETEL, Alfred	Ermessensschranken bei Eingriffen in das Versammlungs- und Demonstrationsrecht, DVBl 1969, 569
DIETEL-GINTZEL	Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, Kommentar zum Versammlungsgesetz, Köln 1968
DREHER, Eduard	Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 1968, 32. Aufl. 1970
-	Das 3. Strafrechtsreformgesetz und seine Probleme, NJW 1970, 1153
DÜRIG, Günter	Der Grundsatz der Menschenwürde, AöR Bd. 81 (1966), S. 117
ECKARDT, W.-D.	Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, Berlin 1964

EHMKE, Horst	Prinzipien der Verfassungsinterpretaion, VVDStRL Heft 20, Berlin 1963
EILSBERGER, R.	Die Kölner Straßenbahnblockade, JuS 1970, 164
ENDERLING, Günter	Gesetz über Versammlungen und Aufzüge, Stuttgart - Köln 1953
ERBEL, Günter	Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie, Berlin 1966
ERDSIECK, G.	Die gewalttätige Demonstration im Rechtsstaat, FAZ v. 18.8.1969
ERMACORA, F.	Der verfassungsrechtliche Gesetzesvorbehalt, DÖV 1960, 561
FORSTHOFF, Ernst	Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag, Berlin 1959, S. 35 ff.
-	Zur Problematik der Verfassungsauslegung, Stuttgart 1961
FROSCH, Hartmut	Zum CDU/CSU-Entwurf eines 3. Gesetzes zur Reform des Strafrechts, ZRP 1970, 53
FROWEIN, Jochen	Versammlungsfreiheit und Versammlungsrecht, NJW 1969, 1081
FÜSSLEIN, Rudolf Werner	Vereins- und Versammlungsfreiheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte II, Berlin 1954, S. 425 ff.
-	Versammlungsgesetz, Berlin - Frankfurt 1954
-	Rechtliche Probleme des Versammlungsgesetzes, DVBl 1954, 553
FURTNER, Georg	Die gesetzlichen Mindeststrafen und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, NJW 1968, 2228
GALLWAS, Hans-Ulrich	Der Mißbrauch von Grundrechten, Berlin 1967
GEIGER	Die Masse und ihre Aktion, 1926
GENTZ, Manfred	Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968, 1600

GINTZEL, Kurt	Das Demonstrationsrecht als Grundrecht, Die Polizei 1968, 213
GOETZELER, Richard	Die rechtsstaatliche Funktion des Gesetzes in ihrem Verhältnis zur Gerechtigkeitsidee und zur Praktikabilität auf dem Gebiet des Strafrechts, ZStW 63 (1951), S. 83 ff.
GURADZE, Heinz	Demonstrationsfreiheit und Polizeigewalt, ZRP 1969, 6
HÄBERLE, Peter	Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, Karlsruhe 1962
HÄNTZSCHEL, Kurt	Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung und die Schranken der allgemeinen Gesetze des Art. 118 Abs. 1 der Reichsverfassung, AöR Bd. 10 (1926), S. 228 ff.
HAHNZOG, Klaus	Revisionsgericht und Grundrechte, DRiZ 1969, 74
HAMANN, Andreas	Das Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1961, 3. Aufl. 1970
-	Grundgesetz und Strafgesetzgebung, Neuwied - Berlin 1963
-	Der "Staatsschutz" im Strafrechtsentwurf und das Grundgesetz, NJW 1962, 1845
HAMEL, Walter	Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, Berlin 1957
HANNOVER, Heinrich	Demonstrationsfreiheit als demokratisches Grundrecht, Vorgänge 1968, 441
-	Demonstrationsfreiheit als demokratisches Grundrecht, Kritische Justiz 1968, 51
HARNISCHFEGER, Horst	Die Rechtsprechung des BVerfG zu den Grundrechten, Hamburg 1966
HEILBORN, Paul	Der Landfriedensbruch nach dem Reichsstrafgesetz, ZStW Bd. 18 (1898), S. 161
-	Die geschichtliche Entwicklung des Begriffs Landfriedensbruch, ZStW Bd. 18 (1898), S. 1

HERZOG, Roman	Die Einschränkung der Versammlungsfreiheit durch Gesetzgebung und Verwaltung, BayVBl 1968, 77
HESSE, Ernst	Die Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG bei der Verwirklichung einer verfassungsmäßigen Ordnung, Berlin 1968
HESSE, Konrad	Grundzüge des Verfassungsrechts, Karlsruhe, 4. Aufl. 1970
-	Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: Festgabe für R. Smend zum 80. Geburtstag, 1962, S. 71
HIPPEL, Eike v.	Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, Berlin 1965
HOCH, Wolfgang	Rechtsfragen bei Spontanversammlungen, JZ 1969, 18
HOFFMANN, Wolfgang	Inhalt und Grenzen der Demonstrationsfreiheit nach dem Grundgesetz, JuS 1967, 393
HOFSTÄTTER, Peter	Gruppendynamik, Kritik der Massenpsychologie, Hamburg 1957
JÄCKEL, Hartmut	Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, Berlin 1967
JANKNECHT, Klaus	Verfassungs- und strafrechtliche Fragen des Sitzstreiks, Goldtammers Archiv 1969, 33
JELLINEK, Georg	System der subjektiven öffentlichen Rechte, Darmstadt 1963 (Nachdruck der Aufl. 1905)
KAISER, G.	Randalierende Jugend, Heidelberg 1959
KERN, Eduard	Vom Seelenleben des Verbrechers, Hamburg 1964
KIRCHHEIMER, Otto	Die Justiz in der Politik, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für R. Smend zum 80. Geburtstag, 1962, S. 97
KLUG, Ulrich	Strafrechtliche Probleme des Demonstrationsrechts, in: Demonstrationsfreiheit, Strafrecht und Staatsgewalt, ed. Deutscher Richterbund, Landesverband Hessen, Frankfurt 1968, S. 27

KÖGLER, Max	Die Angriffe gegen die öffentliche Gewalt, in: Materialien zur Strafrechtsreform, 2. Bd., Bonn 1955, S. 67
KRAUSS, Rupprecht v.	Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Hamburg 1955
KRIELE, Martin	Politische Funktionalisierung des Rechts, ZRP 1969, 145
KRÜGER, H.	Der Wesensgehalt der Grundrechte i.S. des Art. 19 GG, DÖV 1955, 598
LAUFER, Heinz	Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, Tübingen 1968
LEIBHOLZ-RINCK	Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl., Köln 1968
LERCHE, Peter	Übermaß und Verfassungsrecht, Berlin - München - Köln 1961
LEUNER, Hanscarl	Über Wandel der psychischen Massenphänomene, in: Massenwahn in Geschichte und Gegenwart, S. 99
LÖWENSTEIN, Karl	Verfassungslehre, Tübingen 1959
LOEWER, Albrecht	Das Wesen des Massenverbrechens, Freiburg 1927
LOHMAR, Ulrich	Innerparteiliche Demokratie, 2.Aufl., Stuttgart 1968
LOSSOS, Wilhelm	Reform der Vorschriften über den Gemeinschaftsfrieden, ZRP 1970, 47
MAIHOFER, Werner	Die Reform des Besonderen Teils des Strafrechts, in: Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, S. 116
MALLMANN, Walter	Vereins- und Versammlungsfreiheit, in: Staatslexikon Bd. 8, Freiburg 1963, Sp. 106
MANGOLDT-KLEIN	Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, Berlin - Frankfurt 1957
MANNHEIM, Hermann	Comparative Criminology, London 1965
MAUL, Heinrich	Demonstrationsrecht und allgemeine Strafbestimmungen, JR 1970, 81
MAUNZ, Theodor	Deutsches Staatsrecht, 16. Aufl., München 1968

MAUNZ-DÜRIG-HERZOG	Grundgesetz, Kommentar, 1958 ff.
MAURACH, Reinhart	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1965 Besonderer Teil, 5. Aufl. 1969
MERTEN, Detlef	Demonstration unter dem Gesetz, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Bd. 10/1969, S. 21
-	Gedanken zur Demonstrationsfreiheit, MDR 1968, 624
-	Besprechung von Dietel-Gintzel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, in: Der Staat 1970, S. 274
MEZGER-BLEI	Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1970
MICHEL, Helmut	Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, JuS 1961, 274
MÜLLER, Friedrich	Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des BVerfG, Berlin 1968
-	Normstruktur und Normativität, Berlin 1966
MÜLLER, Ute	Die demokratische Willensbildung in den politischen Parteien, 1967
MÜLLER-EMMERT, Adolf	Die Reform der Vorschriften über den Gemeinschaftsfrieden, ZRP 1970, 1
v.MÜNCH, Ingo	Art. 5 GG, in: Bonner Kommentar, 13. Lieferung 1964
NAGLER	Das Verbrechen der Menge, Der Gerichtssaal Bd. 95 (1928), S. 157
-	Rektoratsrede, Freiburg 1926
NEUBERGER, Josef	Das Recht und die Grenzen der studentischen Demonstration, Goldtammers Archiv 1969, 1
NEWCOMB, Th.M.	Sozialpsychologie, Meisenheim 1959
NIPPERDEY, Hans Carl	Die Würde des Menschen, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte II, Berlin 1954, S. 1
-	Boykott und freie Meinungsäußerung, DVBl 1958, 445

NOLTENIUS, Johannes	Die freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft und das Zensurverbot des Grundgesetzes, Göttingen 1958
ORTEGA Y GASSET	La rebelión de las masas, Madrid 1930; deutsch: Der Aufstand der Massen, 12. Aufl., Hamburg 1961
OSSENBÜHL, Fritz	Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, DÖV 1965, 649
OTT, Sieghart	Das Recht auf freie Demonstration, Neuwied 1967
-	Versammlungsgesetz, Kommentar, Stuttgart 1969
-	Demonstrationsrecht und Meinungsfreiheit, DRiZ 1969, 66
-	Demonstrationsfreiheit und Strafrecht, NJW 1969, 454
PESTALOZZA, Christian Graf	Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der BRD, in: Der Staat Bd. 2 (1963), S. 425
POTRYKUS, Gerhard	Versammlungsgesetz, in: Erbs-Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze Bd. III, V 55
PREUSS, Ulrich K.	Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen, Stuttgart 1969
RAISER, Thomas	Verfassungswidrige Mindeststrafen, JZ 1963, 663
REISNECKER, Helmut	Das Grundrecht der Meinungsfreiheit und die Schranken der allgemeinen Gesetze, Diss. München 1960
RITTLER, E.-H.	Die Verfassungswirklichkeit - eine Rechtsquelle, Der Staat 1968, 352
ROELLECKE, Gerd	Der Begriff des positiven Gesetzes und das Grundgesetz, Mainz 1969
ROTHENBÜCHER, Karl	Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL Bd. 4 (1928), S. 6
ROXIN, Claus	Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, 373
-	Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377

ROXIN, Claus	Franz v. Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, ZStW Bd. 81 (1969), S. 613
RÜFNER	Überschneidungen und gegenseitige Ergänzungen der Grundrechte, Der Staat 1968, 41
SAMPER, Rudolf	Rechtsfragen zum "Demonstrationsrecht", BVBl 1969, 77
SAX, Walter	Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte III/2, Berlin 1959, S. 909
SCHACK-MICHEL	Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, JuS 1961, 269
SCHAUMANN, Wilfried	Der Auftrag des Gesetzgebers zur Verwirklichung der Freiheitsrechte, JZ 1970, 48
SCHLOSSER, Peter	Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Irrtumsregelung im § 22 des Wehrstrafgesetzbuches, JZ 1958, 526
SCHMIDHÄUSER, Eberhard	Objektive Strafbarkeitsbedingungen, ZStW 71 (1959), S. 545
SCHMIDT, Eberhard	Strafrechtspflege in Gefahr, ZStW Bd. 80 (1968), S. 567
-	Verfassungskonforme Auslegung des § 116 StGB?, JR 1968, 321
-	Der Strafprozeß, NJW 1969, 1137
SCHMITT, Carl	Verfassungslehre, Berlin - München 1928
SCHNEIDER, Peter	In dubio pro libertate, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. 2, 1960, S. 263
-	Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL Heft 20, S. 1
SCHNUR, Roman	VVDStRL Bd. 22 (1965), S. 121
SCHÖNKE-SCHRÖDER	Strafgesetzbuch, Kommentar, 15. Aufl., München 1970
-	3. Gesetz zur Reform des Strafrechts, München 1970

SCHOLLER, Heinrich	Person und Öffentlichkeit, München 1967
-	Die Freiheit der Meinungsäußerung in der Rechtsprechung des BVerfG, BayVBl 1968, 41
-	Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, Berlin 1969
SIGHELE, S.	La folla delinquente, Florenz 1891
SIMON, Helmut	Freiheitliche Verfassung und Demonstrationsrecht, Berlin 1969
SIMSON, Werner v.	Verfassungskonforme Demonstrantenbestrafung, ZRP 1968, 10
SMEND, Rudolf	Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4 (1928), S. 44
SPANNER, H.	Die verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR Bd. 91 (1966), S. 503
STEIN, Ekkehart	Lehrbuch des Staatsrechts, Tübingen 1968
STERN, Klaus	Gesetzesauslegung und Auslegungsgrundsätze des BVerfG, München 1956
STRATENWERTH	Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines StGB 1959, ZStW Bd. 71 (1959), S. 565
STREE, Walter	Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, JuS 1965, 465
-	Deliktsfolgen und Grundgesetz, Tübingen 1960
TARDE, G.	L'opinion et la foule, Paris 1901
TIEDEMANN, Klaus	Beteiligung an Aufruhr und Landfriedensbruch, JZ 1968, 761
-	Bemerkungen zur Rechtsprechung in den sog. Demonstrationsprozessen, JZ 1969, 717
TRUBEL-HAINKA	Das Versammlungsrecht, Hamburg 1953
VOGEL, Hartmut	Demonstrationsfreiheit und ihre Grenzen, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Bd. 26/1968

WELZEL, Hans	Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969
WERNER, Wolfhart	in: Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar), Bd. 1, 8. Aufl., Berlin 1957
WERNICKE, K.G.	Art. 5, in: Bonner Kommentar, Hamburg
WIMMER, Raimund	Versammlungsfreiheit contra Wegerecht, MDR 1964, 280
WITTIG, Peter	Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, DÖV 1968, 817
ZEIDLER, Wolfgang	Außerparlamentarische Bewegungen, Demonstrationsrecht und Widerstand, in: Aus Politik und Zeitgeschichte Bd. 10/1969, S. 3
ZIPPELIUS	Das Verbot übermäßiger gesetzlicher Beschränkung von Grundrechten, DVBl 1956, 353

Lebenslauf

Am 14.9.1940 wurde ich in Heidelberg als Sohn des später gefallenen Gerichtsreferendars Rolf Moll und seiner Ehefrau Ursula, geb. Carl, geboren.
Ich besuchte in den Jahren 1946 - 1949 die Volksschule, sodann das Gymnasium, zunächst auch in Heidelberg, ab 1952 in München.
Nach dem Abitur am Maximiliansgymnasium in München studierte ich zunächst ein Jahr klassische Philologie und Geschichte, und sodann vier Jahre Rechtswissenschaft. Das erste juristische Staatsexamen legte ich im Jahre 1964 ab, das zweite juristische Staatsexamen in den Jahren 1968/69, jeweils in München.
Seit 1. Januar 1971 bin ich am Landgericht München I als Gerichtsassessor tätig.
Den Doppelnamen Ernst-Moll führe ich seit der im Jahre 1962 erfolgten Adoption durch den nunmehrigen Ehemann meiner Mutter, Herrn Dr. Eberhard Ernst.